

Die Kartellbestimmung der schweizerischen Bundesverfassung

(Art. 31 bis III d BV)

Ein Beitrag zur Auslegung der neuen Wirtschaftsartikel

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

HEINRICH TANNER

von Herisau

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Huber

Juris-Verlag Zürich

1950



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Kartellbestimmung der schweizerischen Bundesverfassung

(Art. 31 bis III d BV)

Ein Beitrag zur Auslegung der neuen Wirtschaftsartikel

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

HEINRICH TANNER

von Herisau

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Huber

Juris-Verlag Zürich

1950

Die Fakultät hat diese Arbeit am 13. Juli 1950 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Huber als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.



VORWORT

Dsi Lu sprach: «Der Fürst von We wartet auf den Meister, um die Regierung auszuüben. Was würde der Meister zuerst in Angriff nehmen?» Der Meister sprach: «Sicherlich die Richtigstellung der Begriffe.»

Kung Futse, Gespräche, Buch XIII, 3

Die gewaltige Ausdehnung der Kartelle und der «ähnlichen Organisationen» gehört zu den wesentlichsten Merkmalen der gegenwärtigen Wirtschaftsentwicklung, weshalb fast alle Staaten vor die Notwendigkeit gestellt wurden, zu dieser Erscheinung gesetzgeberisch Stellung zu nehmen.

Die Schweiz hat sich dieser Aufgabe bis heute entzogen, obschon auch hier die Bedeutung des Problems für eine Neugestaltung der Wirtschaftsordnung allgemein erkannt wurde. Indessen hat der Gesetzgeber bei der Revision der Wirtschaftsartikel die rechtliche Grundlage für eine solche Stellungnahme geschaffen: Der Bund wurde, unter gewissen Voraussetzungen ermächtigt, Bestimmungen

gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen

zu erlassen.

Mit dieser Ermächtigung, die wir im folgenden als die «Kartellbestimmung der Bundesverfassung» bezeichnen werden, haben wir uns hier auseinanderzusetzen. Wir werden versuchen, dabei der Idee des «Meisters» zu dienen, denn eine Ordnung des Kartellwesens ist nur mit richtig gestellten, geklärten Begriffen möglich.

Ich denke bei der Niederschrift des «Vorwortes», das seiner Entstehung nach nicht Beginn, sondern Schlusspunkt dieses wissenschaftlicher Arbeit ist, in grosser Dankbarkeit an die vielen Hinweise und an die Hilfe, die ich von meinem verehrten Lehrer, Prof. Hans Huber, empfangen durfte. Auch Prof. Marbach möchte ich an dieser Stelle für seine mannigfachen Anregungen danken.

INHALTSVERZEICHNIS

I. TEIL:

Grundlagen

1. Kap.:	Die Bedeutung der geschichtlichen Grundlagen des Art. 31 BV für die rechtliche Ordnung des Kartellwesens . . .	7
2. Kap.:	Der wirtschaftliche Konzentrationsprozess im Schutze des alten Art. 31 BV	15
3. Kap.:	Die Veränderung der Auslegung von Art. 31 BV als Folge der Revision der Wirtschaftsartikel, bzw. als Folge der Wandlung der Wirtschaftsverfassung	26

II. TEIL:

Die Tragweite der Kartellbestimmung der neuen Wirtschaftsartikel (Art. 31 bis III d BV)

4. Kap.:	Vorbemerkungen	39
----------	--------------------------	----

ABSCHNITT A: Grundtatbestand

5. Kap.:	Kartelle und ähnliche Organisationen	50
6. Kap.:	Die wirtschaftliche Machtstellung	62

ABSCHNITT B: Das Erfordernis der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkung als wirtschaftlich notwendige Korrektur

7. Kap.:	Die Trennung der beiden Wirkungsrichtungen	78
8. Kap.:	Die sozial schädliche Auswirkung	82
9. Kap.:	Die volkswirtschaftlich schädliche Auswirkung	94

ABSCHNITT C: Schlussfolgerungen als Hinweis auf die Lösung der Grundfrage einer Kartellgesetzgebung de lege ferenda

10. Kap.:	Die Notwendigkeit einer getrennten Gesetzgebung . . .	103
-----------	---	-----

LITERATURVERZEICHNIS

1. Bücher, Broschüren und Lexika

- Aebi*: Der Kartellzwang nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1946.
- Amonn*: Grundzüge der theoretischen Nationalökonomie, 1948.
— Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, 2. Auflage 1944.
- Anschütz*: Die Verfassung des deutschen Reiches, 1926.
- Astrow*: Grenzen der Freiheit in der Demokratie, 1939.
- Bachmann*: Die Welthandelscharta und die Schweiz, 1948
- Baumgartner*: Die Handels- und Gewerbefreiheit im schweiz. Staats- und Verwaltungsrecht. Theorie und Praxis, Diss. Basel 1924 (in Maschinschrift).
- Bascho*: Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht, 1946.
- Becker*: Modern Democracy, 1941.
- Bernoulli*: Ueber den nachteiligen Einfluss der Zunftverfassung auf die Industrie, 1822.
- Böhler*: Korporative Wirtschaft. Eine kritische Würdigung, 1934.
— Grundlehren der Nationalökonomie, 2. Auflage 1948.
- Böhm*: Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1933.
— Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937.
- Brentano*: Ethik und Volkswirtschaft in der Geschichte.
- Brühwiler*: Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassung in ihrem Verhältnis zur BV. Diss. Bern 1948.
- Brunn v.*: Grundzüge des Kartellrechts, 1938.
- Bückling*: Die systematischen und geschichtlichen Grundlagen des subjektiven Rechts, 1933.
- Bühler*: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der dt. Verwaltungsrechtssprechung, 1914.
- Butler*: Tendances modernes de la politique sociale; in: Festgabe für E. Schulthess, 1938.
- Burchhardt*: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, 1931.
— Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, 1943.
— Methode und System des Rechts, 1936.
- Castelberg v.*: Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Diss. Zürich 1948.
- Clark*: Social control of business.
- Dam van*: Preisunterbietungen als Missbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb, 1935.
- Dobretsberger*: Konkurrenz und Monopol in der gegenwärtigen Wirtschaft, 1929.

- Egger*: Kommentar zum ZGB, Bd. I, 2. Auflage, 1930.
- Eggmann*: Der Staat und die Kartelle, eine international vergleichende Untersuchung, 1945.
- Eucken*: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Auflage, 1947.
- Federici*: Der deutsche Liberalismus, 1944.
- Fehr*: Die Ausstrahlung des Naturrechts der Aufklärung in die neue und die neueste Zeit, 1938.
- Feldmann*: Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, 1931 (abgekürzt: KTM).
- Flechtheim*: Die rechtliche Organisation der Kartelle, 1923.
- Fleiner/Giacometti*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949.
- Freiheit*: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht (Festgabe zur Hundertjahresfeier der Bundesverfassung. Herausgegeben von den juristischen Fakultäten der schweiz. Universitäten), 1948.
- Fretz*: Die Wechselbeziehung zwischen der modernen Kartellbewegung und der herrschenden Schutzzollpolitik, 1923.
- Fürstenberg*: Das Problem der Grundrechte, 1935.
- Germann*: Unlauterer Wettbewerb. Bundesgesetz über den uW mit Erläuterungen, bisheriger Rechtssprechung des Bundesgerichtes und Sachregister, 1945.
- Giacometti*: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung (in: Freiheit), 1948.
- Grischott*: Die Entwicklung des Kartellrechts in der Schweiz, Diss. Bern, 1929.
- Goldstein*: Gewerbefreiheit (im Bericht des schweizerischen Creditorenverbandes v. 1900).
- Grossmann-Doerth*: Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.
- Handbuch*: Hb des deutschen Staatsrechts. Herausgegeben von Anschütz und Thoma, 1930.
- Hb der schweizerischen Volkswirtschaft. Herausgegeben von der schweiz. Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, 1939.
- Hasbach*: Die allgemeinen, philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith begründeten politischen Oekonomie, 1890.
- Haus*: Cartels et rationalisation, Diss. Neuenburg, 1944.
- Haussmann*: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1938.
- Konzerne und Kartelle im Zeichen der Wirtschaftslenkung, 1938 (abgekürzt: KKW).
- Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende, 1940 (abgekürzt: Schicksalswende).
- Der Wandel des internationalen Kartellbegriffs, 1947.
- Helffritz*: Allgemeines Staatsrecht, 5. Auflage, 1948.
- His*: Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, 3. Bd., 1938.
- Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz (in: Festgabe für Wieland), 1934.
- Homburger*: Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit. Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen HGF und VF als Problem der Wirtschaftsordnung. Diss. Zürich 1948.
- Huber E.R.*: Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts, 1932.
- Huber H.*: Die Handels- und Gewerbefreiheit und ihre heutige Bedeutung (abgekürzt: HGF), 1933.
- Soziales Verfassungsrecht? (in: Freiheit), 1948.
- Hüber*: Der Kartellcharakter von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, 1931.
- Jellinek*: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Auflage, 1919.
- Imboden*: Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische Wirtschaftsordnung. Diss. Bern 1948.
- Isay/Mettetal*: Internationales Wettbewerbsrecht, 1937.
- Isay/Tschierschky*: Kommentar zur deutschen Kartellverordnung.
- Isay/Nipperdey*: Gutachten zum 35. dt. Juristentag in Salzburg, 1928.

- Kägi*: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945.
- Keel*: Die industriellen und kommerziellen Ringe und Kartelle und ihre strafrechtliche Behandlung, 1897.
- Kleinwächter*: Die Kartelle, 1883.
- Koehlin*: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den Vorschlägen der begutachtenden Kommission für Wirtschaftsgesetzgebung, 1937.
- Koellreutter*: Grundriss der allgemeinen Staatslehre, 1933.
- Küng*: Grenzen und Motive der staatlichen Wirtschaftspolitik, Diss. Bern 1940.
- Lehnic*: Kartelle und Staat, 1927.
- Lewis*: Overhead costs, 1949.
- Liefmann*: Die Unternehmerverbände, 1897.
- Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Auflage 1927 (abgekürzt: KKT).
- Lorenz*: Taschenbuch der schweizerischen Wirtschafts- und Sozialstatistik, 1906.
- Lütschg*: Fragen des internationalen Kartellrechts, 1939.
- Mahr*: Volkswirtschaftslehre, 1948.
- Marbach*: Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, 1932 (abgekürzt: KTS).
- Ueber das Kartell und die Kartellierung in der Schweiz, 1937.
- Marti*: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, 1950.
- Meisser*: Demokratie und Liberalismus (in ihrem Verhältnis zu einander), 1941.
- Mislin*: Der zulässige Umfang der kartellrechtlichen Bindung, Diss. Basel 1947 (in Maschinenschrift).
- Naegeli*: Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung (in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen), 1944.
- Nef*: Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit (in: Freiheit), 1948.
- Die Handels- und Gewerbefreiheit (in: schweiz. juristische Kartothek Nr. 616—622a), 1950 (abgekürzt HGF in SJK).
- Nelson*: System der philosophischen Rechtslehre und Politik, 1920.
- Nipperdey*: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 3 Bände, 1929/30.
- Preisbildungskommission* (des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements): Veröffentlichungen in den Sonderheften der «Volkswirtschaft» (vor 1932: der «wirtschaftlichen und sozialstatistischen Mitteilungen»).
- Rappard*: Pennsylvania and Switzerland: The American Origins of the Swiss Constitution. University of Pennsylvania, Bicentennial Conference, 1941.
- Das Verfassungsfundament der schweizerischen Wirtschaftspolitik, 1942.
- L'évolution de la politique économique de la Suisse de 1848 à 1948, 1948.
- Rasch*: Deutsches Konzernrecht, 1944.
- Rauschnig*: Die Zeit des Deliriums, 1947.
- Redslob*: Die Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1912.
- Renggli*: Das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit in der schweizerischen Bundesverfassung (in: Festgabe für Schulthess), 1938.
- Rommen*: Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Auflage, 1947.
- Röpke*: Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 1942.
- Ruggiero*: Geschichte des Liberalismus in Europa, 1930.
- Salin*: Geschichte der Volkswirtschaftslehre, 1944.
- Saint-Germès*: Les ententes et la concentration de la production industrielle et agricole.
- Saitzew*: Horizontal und Vertikal im Wandel der letzten Jahrzehnte, 1927.
- Schiff*: Untersuchung über Beziehungen zwischen Planwirtschaft und Kartell, Diss. Basel 1936.
- Schindler*: Die Trusts in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1902.
- Schindler D.*: Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1932.
- Schirmer*: Der Schutz gegen sich selbst, Diss. Zürich 1919.
- Schmitt*: Verfassungslehre, 1928.
- Schreier*: Aufgaben der Kartelljurisprudenz, 1930.

- Schulthess*: Festgabe für Bundesrat E. S. zum siebzigsten Geburtstag, dargeboten von Freunden und Mitarbeitern, 1938.
- Schürmann*: Bemerkungen zu den neuen Wirtschaftsartikeln, 1946 (polykopierte Ausgabe).
- Swisher*: The Growth of Constitutional Power, 1947.
- Steding*: Die Kartellisierung in der Landwirtschaft, 1928.
- Steiger*: Trusts und Kartelle im Ausland und in der Schweiz, 1907.
- Tapernoux*: Les Cartels, Diss. Lausanne 1929.
- Tripp*: Der schweizerische und der amerikanische Bundesstaat (übersetzt und bearbeitet von H. Huber), Diss. Zürich 1940/42.
- Trumpler*: Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trust-Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1944.
- Verhandlungen*: des Vereins für Sozialpolitik über das Verhältnis der Kartelle zum Staat, 1905 (in: Schriften dieses Vereins, Bd. 116).
- des 35. deutschen Juristentages in Salzburg, 1928. Thema: Empfiehlt sich eine Aenderung und Vereinheitlichung der dt. und österreich. Kartellgesetzgebung? Material herausgegeben vom Schriftführer des Amtes der ständigen Deputation.
- Voigt*: Geschichte der Grundrechte, 1948.
- Volkswirtschaftsdepartement, eidgen.*: Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, 2 Bände, 1925.
- Weltwirtschaftskonferenz*: Tätigkeitsbericht des Völkerbundes im Mai 1927, Bd. VII Nr. 5.
- Werr*: Internationale Wirtschaftszusammenschlüsse und Staat als Vertragspartner, 1936.
- Wetter*: Grundsätzliches zur Revision der Wirtschaftsartikel (in: Festgabe für Schulthess), 1938.
- Winzenried*: Die Lehre vom Monopol in der neueren deutschen Literatur, Diss. Bern 1940.
- Wolfers*: Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartellliteratur (in: Schriften des Vereins f. Sozialpolitik, Bd. 180) 1931 (abgekürzt: Kartellliteratur).
- Zoelly*: Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, 1917.
- Zondler*: Die Preisbindung der zweiten Hand, Diss. Zürich 1938.

2. Zeitschriftenaufsätze und -Artikel (exkl. Kartellrundschau)

- Abkürzungen: Aussenwirtschaft: Zeitschrift f. internationale Wirtschaftsbeziehungen, Bern
 Bund: Der Bund, Bern
 NZZ: Neue Zürcher Zeitung, Zürich
 Ordo: Jahrbuch f. d. Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
 SJZ: Schweizerische Juristenzeitung
 ZbJV: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
 ZsR nF: Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Basel
 ZStGV: Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung

- Antitrustpolitik: Die A. in den Vereinigten Staaten (in: NZZ 25. 12. 49).
- Ballerstedt*: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung (in: Archiv f. öffentl. Recht, 74. Bd. 1948).
- Beutter/Iten*: Die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung (in: Gewerbliches Jahrbuch 1947).
- Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949).
- Eucken*: Das ordnungspolitische Problem (in: Ordo 1948).
- Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung (in: Ordo 1949).

- Geiler*: Das Kartellproblem als Rechtsproblem (in: Frankfurter Zeitung 9.9.28).
Geiser: Die Rolle des Staates in der Reorganisation der schweiz. Uhrenindustrie, (in: Die Schweizer Uhr 1942, Nr. 7).
Germann: Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf Grund von BV Art. 34ter. (in: ZbJV 1924).
Gysin: Ein Kartell- und Trustgesetz für die Schweiz (in: Gewerkschaftliche Rundschau 1936).
 — Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts (in: ZsR nF Bd. 49).
Hahn: Die Wirkung der Besteuerung des Kartellgewinnes (in: Schriften des Vereins f. Sozialpolitik, Bd. 180 I. Teil).
Handels- und Industrieverein: Anträge zur Revision der Wirtschaftsartikel (in: Basler Nachrichten 30.1.46).
Haussmann: Internationale Kartelle und zwischenstaatliche Stapelgüterabkommen (in: Aussenwirtschaft 1948).
 — Alte und neue Verbindungen privater und öffentlicher Wirtschaftsbetätigung (in: Wirtschaft und Recht 1949).
Hertz: Das Problem der Menschenrechte (in: Friedenswarte 1948).
Huber E. R.: Bedeutungswandel der Grundrechte (in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 23).
Huber H.: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte (in: ZsR nF Bd. 55 abgekürzt: GiV).
 — Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen (in: ZsR nF Bd. 59).
 — Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit (in: NZZ 21.7.41).
 — Probleme der Wirtschaftsverfassung (in: NZZ 9.10.48).
 — Verbandsrecht und staatliches Recht (in: ZStGV 1949).
Kaufmann: Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweizerischen Rechtsstaat (in: ZStGV 1949).
Lehner: Die Kartellbestimmung (in: NZZ 18.2.38).
Liefmann: Zur Reform des Kartellrechts (in: Zentralarchiv f. Politik und Wirtschaft 1929).
Marbach: Zur Frage der antimonopolistischen Intervention (in: Wirtschaft und Recht 1949), (abgekürzt: W u R).
Mutzner: Zur Frage der rechtlichen Wirksamkeit von Kartellabreden gegenüber Aussenseitern (in: SJZ Bd. 23).
Notz: Amerikanische Kartellliteratur (in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 179/180).
Rittershausen: Die Anti-Trustpolitik in Westdeutschland (in: NZZ 13.8.49).
Röpke: Kapitalismus und Konkurrenzsystem (in: Zeitschrift f. schweiz. Statistik und Volkswirtschaft 1936).
 — Klein- und Mittelbetriebe in der Volkswirtschaft (in: Ordo 1948).
Schneeberger: Das amerikanische Antitrustrecht in der Praxis (in: SJZ 1949).
Wolf: Amerikanische Antitrustgesetzgebung (in: ZbJV 1950).

3. Aufsätze in der Kartell-Rundschau (KR)

(Monatsschrift für Recht und Wirtschaft im Kartell- und Konzernwesen
 1903—1943; Heymanns Verlag, Berlin)

- Callmann*: Bericht über die 38. Tagung der internationalen Law-Association in Budapest (1934).
Charter: Unlauterer Wettbewerb und Preisunterbietung.
Güebier: Wirtschaftslenkung und Kartellrecht (1936).
Gering: Die Konzentration in der Industrie der Schweiz (1907).
Gloede: Marktaufsichtsordnung (1943).

- Haussmann*: Kartellbegriff (1928).
Hug: Der Abbau des amerikanischen Antitrustrechts (1930).
Klein: Die rechtliche Behandlung der Kartelle (1903).
Klug: Kritisches zum Kartellproblem (1930).
 — Kartell-Theorie und Kartell-Politik (1935).
Köppel: Kartellpolitik (1935).
 — Zur Frage des Kartellbegriffs (1940).
 — Zur Frage der Organisationsform und Vertretung der Kartelle (1941).
Kuhr: Das Problem des volkswirtschaftlich unerwünschten Wettbewerbs (1940).
Liefmann: Zur Systematik wirtschaftlicher Machtstellungen (1928).
Lucas: Zur Reform der Kartellgesetzgebung (1926).
Nipperdey: Wettbewerb und Existenzvernichtung (1930).
Notz: Der gegenwärtige Stand der Trustfrage in den Vereinigten Staaten (1928).
Strauss: Wandlungen im Antitrustrecht der USA (1933).
Tschierschky: Der Begriff Kartell und Trust (1905/1906).
 — Revision der amerikanischen Trustgesetzgebung (1931).
 — Kartellpreis und Wettbewerb (1932).
 — Kartellfrage als Gegenwartsproblem (1935).
Zschokke: Zwei neuere Urteile des schweizerischen Bundesgerichtes zur Frage der Kartellsperre (1932).

4. Amtliches Material

- Bundesrat*: Bericht an die Bundesversammlung über das Volksbegehren zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Krise und Not, 1935.
 — Botschaft über die Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, 1937.
 — Ergänzungsbotschaft über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, 1945.
Department of State (US): Publication 2889, Commercial Policy Series 103: «American policy concerning German Monopolies».
Government printing office (US): Antitrust Laws (with Amendments), compiled by E. Lewis, 1946.
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (abgekürzt: BGE).
Entscheidungen des Reichswirtschaftsgerichtes, amtliche Sammlung, Berlin 1940 f (setzt die Urteilssammlung des Kartellgerichtes fort).
Protokollnotizen der mit der Vorarbeit der Revision der Wirtschaftsartikel betrauten nationalrätlichen und ständerätlichen Kommissionen (polykopierte). (Eingesehen im Archiv f. Handel und Industrie der Schweiz, Zürich.)
Stenographisches Bulletin der Verhandlungen von National- und Ständerat anlässlich der Revision der Wirtschaftsartikel (abgekürzt: Sten. Bull. NR od. StR).
Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, bearbeitet vom eidgen. Justiz- und Polizeidepartement.

I. Teil: Grundlagen

1. Kapitel

Die Bedeutung der geschichtlichen Grundlagen des Art. 31 BV für die rechtliche Ordnung des Kartellwesens

Im Problem der Monopolbekämpfung liegt nicht nur eine der umstrittensten Wirtschaftsfragen, sondern auch eine der ältesten: Der Monopoltatbestand ist möglicherweise so alt wie die Wirtschaft selbst. Wo immer zwei oder mehrere Personen ihre Leistungen gegeneinander abwogen, bestand für jeden von ihnen ein Anreiz, dem andern gegenüber eine Vormachtstellung — ein Monopol im weitesten Sinne — zu erringen. Indessen zeigte es sich zweifellos sehr bald, dass dort, wo dieses Ziel in einem grösseren Umfang verwirklicht werden konnte, die wirtschaftliche Lage der übrigen gefährdet wurde. Deshalb ist die Frage der Monopolbekämpfung schon sehr früh als eine der Schicksalsfragen der Gemeinschaft erkannt worden.

Auf dieser Erkenntnis beruhte die *laesio enormis*¹ — der römisch rechtliche Schutz vor Getreidewucher — ebenso sehr wie das Preisverbot Kaiser Zenos². Sie war eine wesentliche Triebfeder für die früheren Zunftverfassungen, deren Ziel anfänglich nicht so sehr in der Erhaltung des *status quo* neuer Konkurrenz gegenüber lag, als vielmehr in der Beschränkung der Gesellenzahl und im Schutz des Absatzmarktes³ um das Übermächtigwerden einzelner Betriebe zu verhindern. Und schliesslich ging auch das Postulat der Handels- und Gewerbefreiheit zum Teil aus dieser monopolfeindlichen Einstellung hervor.

¹ Vgl. Klein: Die rechtl. Behandlung der Kartelle (in: KR 1903, S. 159); Lehnich: Kartelle und Staat 1927, S. 8 ff.

Aristoteles (*Politeia* I, Kp. 11) erwähnte einen monopolistischen Aufkauf von Olivenpressen durch Thales von Milet. Vgl. Haussmann: Schicksalswende, S. 108; Dobretsberger: Konkurrenz und Monopol, S. 7. Auch Mommsen (*Römische Geschichte* I S. 852) zeigt, dass in der röm. Wirtschaftsgeschichte der Zusammenschluss von Konkurrenten zur gemeinsamen Festlegung von Monopolpreisen ziemlich häufig ist.

² Feldmann: Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, S. 138; Lehnich a. a. O. S. 11.

³ Bernoulli: Über den nachteiligen Einfluss der Zunftverfassung auf die Industrie 1822; Eucken: Grundlagen, S. 172.

Trotz gemeinsamer Grundgedanken wäre es aber falsch, den ideellen Gehalt der HGF einfach mit demjenigen dieser früheren Institutionen gleichzusetzen. Die HGF ist mehr als bloss eine neue rechtliche Form für längst erkannte Zusammenhänge. Zugegeben: soweit in ihr ein national-ökonomisches Postulat verwirklicht wurde, handelte es sich zweifellos um eine Weiterbildung⁴; sie ging aber von allem Anfang an über ein blosses Realisieren wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse hinaus. In ihr verband sich — darin liegt das Neue — die wirtschaftliche Überlegung mit einem politischen Credo: der naturrechtlichen Lehre von den angeborenen und unveräusserlichen Menschenrechten⁵.

Auch die herrschende Lehrmeinung⁶ weist darauf hin, dass das Naturrecht im Sinne der Aufklärung ihre Gestaltung zum Teil beeinflusst habe; sie nimmt dies aber nur insofern an, als die führenden Wirtschaftstheoretiker jener Zeit, wie Adam Smith, François Quesnay, etc. selbst unter dem Einfluss dieser Weltanschauung standen⁷. Damit aber wird der Bedeutung des politisch-naturrechtlichen Elementes der HGF zu wenig Rechnung getragen⁸.

Um sie voll erfassen zu können, scheint es notwendig, bei der geschichtlichen Betrachtung der Gewerbefreiheit die Bestandteile ihrer Idee klar auseinander zu halten: das politisch-naturrechtliche Element, und das wirtschaftliche Element, das ihr im Kreise der Menschenrechte eine Ausnahmestellung gab⁹.

⁴ Historisch gesehen bedeutet das Postulat der HGF zwar einen Versuch der völligen Abkehr von den Zunftverfassungen, welche sich mit der Zeit zum Instrument eines eigentlichen Monopolschutzes gewandelt hatten. Dennoch kann von einer Weiterbildung gesprochen werden, insofern als durch die HGF jene Ideen wieder aufgenommen wurden, die bei den ältesten Zunftverfassungen massgebend waren.

⁵ Vgl. Verhandlungen des Nationalrates zur Revision der Wirtschaftsart. *Sten. Bull. NR* 1938, S. 289 ff.; *Marti*: HGF, S. 16 ff.; ähnlich auch *NZZ* 24.1.38, wo auf die zweifache Wurzel der HGF — die liberale Schule Englands und die politischen Ideen der Freiheitsrechte — hingewiesen wird.

⁶ Vgl. *Fleiner/Giacometti*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 274; *Giacometti*: Die HGF nach den neuen Wirtschaftsartikeln der BV (in: *Freiheit*) S. 175; *Salin*: Geschichte der Volkswirtschaft, S. 86 ff.; *Baumgartner*: Die HGF im schweiz. Staats- und Verwaltungsrecht (Diss. Basel 1924) S. 3.

⁷ Dazu *Hasbach*: Die allg. philosophischen Grundlagen der von F. Quesnay und A. Smith begründeten politischen Ökonomie, S. 166 ff.

⁸ In diesem Zusammenhang vgl. auch den Hinweis *Voigts* (Geschichte der Grundrechte, S. 88), wonach sowohl im frz. Revolutionsparlament, wie in der Frankfurter Nationalversammlung v. 1848 der Versuch unternommen wurde, die Gewerbefreiheit als reines Menschenrecht auszugestalten.

⁹ *Becker* (Modern Democracy, S. 40) weist darauf hin, dass die Gewerbefreiheit als einziges Menschenrecht von den Bürgern und der Masse verschieden aufgefasst wurde. Dagegen stellt *Bühler* (Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, S. 234) die HGF ausdrücklich den andern Freiheitsrechten gleich. Wir werden unten sehen, dass sich die

Die eigentliche Geschichte des politisch-naturrechtlichen Elementes der heutigen HGF beginnt, zusammen mit der Geschichte der meisten Grundrechte, mit der Menschenrechtserklärung des Staates Virginia von 1776¹⁰. Hier fanden sich die germanisch-englischen Volksrechte, die schon im mittelalterlichen Widerstandsrecht¹¹ einen Ausdruck gefunden hatten und in der Magna Charta (1215) und schliesslich der Bill of Rights (1688) formuliert wurden, zum ersten Mal zu einer verfassungsrechtlichen Synthese mit den Ideen des Naturrechtes der Aufklärungszeit zusammen. Dies ist der Anfang der absoluten — «angeborenen», «natürlichen», «unveräusserlichen» — Freiheitsrechte, denn bei jenen älteren Positivierungen handelte es sich lediglich um eine Art staatlicher Organisationsgesetze¹², die entgegen der Meinung Blackstones¹³, keine absoluten Rechte darstellten, da sie nur den englischen Untertanen zuerkannt waren¹⁴.

Die Erklärung von Williamsbourgh erwähnte zwar die Gewerbefreiheit nicht ausdrücklich. Dies ist aber nicht wesentlich, denn, wenn später in der Verfassung von Pennsylvanien der Freiheitskatalog auf das Versammlungsrecht ausgedehnt wurde¹⁵, so lag darin nur die logische Weiterentwicklung der ersten Erklärung, ebenso, wie wenn 22 Jahre später im helvetischen Gesetz vom 19. Okt. 1798¹⁶ erklärt wurde: «Alle Gewerbe und Zweige der Industrie sollen in Helvetien frei und aller bisherige Zunftzwang gegen dieselben aufgehoben sein¹⁷.»

Verschiedenheit dieser Gesichtspunkte nachhaltig auf die Interpretation des Art. 31 BV als Ordnungsgrundsatz des Verhältnisses von Staat und HGF, und damit auf die Auslegung einer Grundfrage der Kartellgesetzgebung auswirken wird.

¹⁰ Auch diese Erklärung hatte ihre Vorgeschichte, die aber mit dem Jahr 1776 abgeschlossen wurde. Hier beginnt etwas völlig Neues. Vgl. *Schmitt*: Verfassungslehre, S. 157; *Jellinek*: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, S. 12; *Koellreutter* (Staatslehre, S. 102) weist auf einen früheren, allerdings verunglückten Versuch im cromwellschen Heere hin. Ebenso *Hertz*: Das Problem der Menschenrechte (in: Friedenswarte 1948, Heft 1) S. 43.

¹¹ *Wackernagel*: Staat und Persönlichkeit (in: Monatshefte für Politik und Kultur 1924, H. 10) S. 492.

¹² *H. Huber*: GiV, S. 9a; *Federici* (Der deutsche Liberalismus, S. 252) nennt sie «die Kodifizierung geschichtlich gewordener Rechte gegenüber der Krone».

¹³ *Wackernagel*, a. a. O. S. 494.

¹⁴ Deshalb sieht auch *Jellinek* (a. a. O. S. 42) die Wurzel der Erklärung von Virginia nicht in den englischen Volksrechten, sondern in der Garantie der Religionsfreiheit von Providence 1636, denn bei beiden amerikanischen Erklärungen ist das Individuum nicht erst durch die Staatszugehörigkeit, sondern durch seine Natur Rechtssubjekt. Von der gleichen Grundlage geht auch *Redslob* (Die Staatstheorie der frz. Nationalversammlung von 1789, S. 40) aus.

¹⁵ *Jellinek*, a. a. O. S. 18; *H. Huber*: GiV §. 17a.

¹⁶ Rechtstechnisch liegt hier zwar nur ein einfaches Gesetz vor, doch mag dies zusammenhängen mit der französischen Auffassung — unter deren Einfluss auch die Gesetzgebung der Helvetik stand — dass die Grundrechte durch einfaches Gesetz aktualisiert werden müssen. In diesem Sinne hat auch die historische Forschung nachgewiesen, (*His*: Geschichte Bd. I, S. 499 f.) dass man hier nicht eine

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass in den Zeitraum dieser 22 Jahre die von der französischen Nationalversammlung erlassene «Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen», sowie die Direktorialverfassung v. 1795 fallen, von denen die letztere die Freiheit des Handels, der Gewerbe- und der Handwerksausübung¹⁸ ausdrücklich verkündete. Obwohl das erwähnte helvetische Gesetz von 1798 methodisch eine starke Verwandtschaft mit einem auf Grund der «Déclaration» erlassenen, oft zitierten französischen Dekret vom 17. März 1791, aufweist¹⁹, wäre es dennoch unrichtig, den Einfluss der amerikanischen «Bills of Rights» auf diesen ersten schweizerischen Gewerbefreiheitssatz zu verneinen; bzw. nur als indirekten — soweit die französischen Normen selbst davon beeinflusst sind — zu anerkennen.

Abgesehen davon, dass die führenden schweizerischen Staatsmänner und Pamphletäre dieser Zeit, die auf die Gesetzgebung den stärksten Einfluss ausübten, wie Pictet de Rochemont, Jean Jacques Cart, Monnéron, Stapfer, etc., sich selbst eingehend mit den amerikanischen Erklärungen auseinandersetzten²⁰, tritt die unmittelbare Beziehung zwischen diesen und dem erwähnten Gewerbeerlass der Helvetik auch in formaler Hinsicht zu Tage: Beide errichten absolutes Recht, das sich an jedermann richtet; sie setzen nicht, wie die frz. Erklärung, den Begriff des Staatsbürgers²¹ voraus. Während sich jedoch die amerikanischen Bills of Rights nur gegen den Staat richteten und damit negativ begrenzte Freiheitssphären schufen, ist der zitierte schweiz. Gewerbefreiheitssatz umfassender. Auch er zieht zwar dem Staat und seinen Organen (den Zünften) eine absolute Grenze; darüber hinaus aber stellt er gleichzeitig ein umfassendes Freiheitspostulat («sollen frei sein») auf, ähnlich wie es die französische Déclaration des Droits de l'homme getan hat. Diese sagte nämlich nicht negativ, wo der Staat sich beschränken soll. «Sie sagt positiv, welche Tätigkeit der Staat zu entfalten hat. Sie sagt nicht, was er unterlassen, sie sagt was er leisten soll. Freiheit, Eigentum, die

neue Materie auf dem Weg der einfachen Gesetzgebung regeln wollte. Man glaubte im Gegenteil, damit ein Postulat der Verfassung zu verwirklichen; ... «für die helvetischen Räte (war es) von Anfang an ausgemacht, dass auch dieses Freiheitsrecht durchgeführt werden müsse».

¹⁷ Zitiert bei *His*: Der Wandel der HGF in der Schweiz (in: Festgabe für Wieland) S. 244.

¹⁸ *His*: Geschichte Bd. I S. 496.

¹⁹ *His* a. a. O. S. 495. Zum Einfluss Frankreichs auf die helvetische Gesetzgebung, vgl. auch *Dierauer*: Geschichte der schweiz. Eidgenossenschaft, II. Auflage, Bd. V, S. 30 ff.

²⁰ *Tripp*: Der schweiz. und der amerikanische Bundesstaat (nach der Übersetzung 1942) S. 5 ff.; *Rappard*: Pennsylvania and Switzerland: The American Origins of the Swiss Constitution, S. 54 ff.

²¹ Vgl. *Schmitt*: Verfassungslehre S. 159.

andern natürlichen Güter der Menschen, sind nicht als Hindernis für den Staat gedacht, sie bilden seinen Zweck²².»

Aus diesen Überlegungen wird ersichtlich, dass sich im Gesetz vom 19. Okt. 1798 das amerikanische Vorgehen, das den Staat negativ zu begrenzen versucht, mit der französischen Auffassung verband, nach der ein solcher Erlass die Verankerung eines umfassenden (Freiheits)-Zieles darstellt. Damals wurde der Gegensatz wohl deshalb nicht erkannt, weil auf Grund der gemachten Erfahrung der Staat allein die Möglichkeit hatte, die wirtschaftliche Freiheit zu gefährden. Erst später sah man die verhängnisvolle Auswirkung dieser Kombination: Man betrachtete hinfort als einziges Ziel der Gewerbefreiheit die Ausschaltung des Staates aus der wirtschaftlichen Sphäre. M. a. W.: Ein in der Bill of Rights umschriebenes, besonders wesentliches Mittel im Kampf um die Gewerbefreiheit wurde hier zum Zweck dieses Kampfes an sich gemacht. Die für das schweizerische Kartellrecht bedeutsame Auslegung dieser Grundfrage der HGF erklärt sich somit zum Teil daraus, dass bei der ersten schweizerischen Positivierung der Gewerbefreiheitsidee zwei verschiedene Denkvorgänge kombiniert wurden.

Wir würden den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, wollten wir hier die geschichtliche Entwicklung des politischen Elementes der HGF weiter verfolgen²³. Festgehalten sei einzig, dass schon in der Verfassung von 1803 den Kantonen die Möglichkeit gegeben wurde, die wirtschaftliche Freiheit erneut rechtlichen Beschränkungen zu unterwerfen²⁴, wovon sie in der folgenden Zeit auch reichlichen Gebrauch machten, wie z. B. die Stadt Basel, die 1847 in einem Gesetz bestimmte, dass «die Einführung der Gewerbefreiheit der Gesetzgebung nicht gestattet sei²⁵». Die Idee der Gewerbefreiheit, welche das Gesetz v. 1798 ins Volk getragen hatte, erwies sich jedoch als «unsterblich»²⁶; so dass sie schon nach kurzer Zeit wieder in den meisten Kantonen in die Verfassung aufgenommen wurde²⁷.

Dieser Rückgriff auf das Postulat der freien Gewerbeausübung erklärt sich allerdings zum Teil auch aus den praktischen Erfahrungen, die in dieser Zeit mit einer neuen wirtschaftlichen Erkenntnis gemacht wurden: Mit der in der englischen Nationalökonomie des 18. Jahrhunderts be-

²² *Redslob*, a. a. O. S. 92 ff., S. 100.

²³ Vgl. dazu die Arbeiten v. *Higy*: Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit in Basel, 1919; *Gmür*: Die Entwicklung der Gewerbefreiheit im Kanton Luzern, 1924; *Ströbel*: Die Handwerkerpolitik Zürichs von der Helvetik zur liberalen Ära, 1926.

²⁴ *His*, Geschichte I S. 516.

²⁵ Zitiert bei *Nef*: Der richterliche Schutz der HGF (in: Freiheit), S. 192.

²⁶ Vgl. Kapitel: «Unsterbliches» in: *C. Hilty*: Öffentliche Vorlesung über die Helvetik 1878, S. 598 ff.

²⁷ So Zürich, Bern, Thurgau 1831.

gründeten Konkurrenztheorie²⁸. Ihre Entstehungsgeschichte ist aufs engste mit dem Namen Adam Smith verknüpft, so dass die HGF auch von dieser Seite her stark durch das naturrechtliche Denken der Aufklärungszeit²⁹ beeinflusst wurde. In der Schweiz verbreiteten sich diese Gedankengänge vor allem dank einer Studie des Baslers Bernoulli: «Über den nachteiligen Einfluss der Zunftverfassung auf die Industrie» aus dem Jahre 1822³⁰. Er ging darin von den wohltätigen Folgen des Gesetzes von 1798 aus, und forderte, im Hinblick auf die später negative Handelsbilanz der Schweiz, die Aufhebung aller zünftischen Bindungen³¹. Dabei schien die schnelle Steigerung der Produktion und der Wohlfahrt in allen jenen Kantonen die dieses Postulat verfassungsrechtlich festlegten, die Richtigkeit seiner Überlegungen zu beweisen. Zudem erhielt man den Eindruck, dass nicht nur Produktion und Bedarf besser in Einklang gebracht würden, sondern, dass durch die wechselseitige Kontrolle der Wirtschaftenden auch die Gefahr monopolistischer Übermacht gänzlich zerstört werde^{32 33}.

Beide Postulate — der seit 1798 wach gebliebene individualrechtliche Gedanke und die neue wirtschaftliche Erkenntnis — förderten sich gegenseitig. Der Erfolg des einen gab dem andern neuen Auftrieb; und jedes rechtfertigte sich bis zu einem gewissen Grad aus dem andern. Als sich die beiden schliesslich bei der Revision von 1874 auch der Form nach zu einer Synthese vereinigten, mochte zwar das wirtschaftliche Motiv dominierend gewesen sein, waren doch die Träger der Industrie von

²⁸ Vgl. *Castelberg*: Grundlagen des schweiz. Wettbewerbsrechtes, S. 39 f.; *Adam Smith*: Eine Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Nationalreichtums, 3 Bd. (Breslau, 1799). *Briefs*: Der klassische Liberalismus (in: Die Wandlungen der Wirtschaft im kapitalistischen Zeitalter 1932), S. 12 ff.

²⁹ *Salin*: Geschichte der Volkswirtschaft, S. 87 f.; *oben* S. 8 Anm. 7. Deshalb stellte sich — im Unterschied zu den später verfochtenen liberalen Wirtschaftsideen — die von Smith verkörperte klassisch liberale Wirtschaftstheorie der Bildung wirtschaftl. Zusammenschlüsse skeptisch gegenüber und bekämpfte besonders die Übertragung staatlicher Gewaltmittel an private Wirtschaftsorganisationen (z. B. an die Kolonialgesellschaften). Vgl. *Homburger*, S. 45 und die dort zitierte Literatur.

³⁰ Dazu *Renggli*: Das Recht auf HGF in der schweiz. BV (in: Festgabe Schulthess) S. 72. Interessanterweise spricht sich *Bernoulli*, trotzdem er von einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausgeht, dennoch ausdrücklich (S. 19) gegen die absolute Gewerbefreiheit aus.

³¹ *Renggli* (a. a. O. S. 72) nennt auch den Genfer Fazy, dessen Ausführungen an den Verhandlungen der schweiz. gemeinnützigen Gesellschaft 1828 wesentlich zur Popularisierung der englischen Nationalökonomie beitrugen. Ebenso Zellweger, v. Muralt etc. Vgl. *Nef*: Der richterliche Schutz der HGF (in: Freiheit) S. 205; *Feldmann*: Kartelle, Trusts und Monopole, S. 2.

³² «Der Hauptsegen allgemeiner Handelsfreiheit liegt indessen darin, dass sie der Brotlosigkeit der Arbeitsfähigen ein Ende macht.» (*John Prince-Smith*: Ges. Schriften, 1879, Bd. II, S. 227 f.)

³³ *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel 1937, S. 5.

jehier aus Überzeugung und Interesse diesen Überlegungen besonders zugänglich³⁴. Dennoch darf man die Bedeutung des politisch-naturrechtlichen Elementes nicht übersehen, denn gerade aus der doppelten Wurzel dieses Institutes erklärt sich der starke Wandel, den die Beurteilung der wirtschaftlichen Machtstellungen im Laufe der nächsten 70 Jahre erfuhr. Je nachdem man nämlich die Betonung auf das eine oder andere Element legte, erschien die HGF in einem andern Licht³⁵.

Die Ursache dieser Erscheinung liegt in der Tatsache, dass das unmittelbare Ziel, nach dem die beiden Teilideen der HGF streben, sehr verschieden ist³⁶: Die volkswirtschaftliche Idee erstrebt eine möglichst grosse Produktion³⁷, die politische dagegen die wirtschaftliche Freiheit jedes Einzelnen. Zwar kann die Verwirklichung dieser beiden Ziele theoretisch parallel verlaufen, da es bei der Konkurrenz «nie primär um die Vernichtung eines Mitmenschen geht»³⁸. Zur Zeit der Verfassungsrevision, in der man die HGF mit humanistischen Ideen erfüllte³⁹ wurde dies auch als selbstverständlich vorausgesetzt, und erst später erkannte man, dass jene Wirtschaftler «von denen jeder, indem er seinem aufgeklärten Interesse folgt, zur allgemeinen Harmonie des Gesamtinteresses beiträgt»⁴⁰ nicht existierten.

In der Praxis zeigte sich nämlich sehr bald, dass sich die beiden Ideen unter dem Zwang ihrer faktischen Durchsetzungsmöglichkeit vom gemeinsamen Grundmotiv der «gleichen Freiheit»⁴¹ in entgegengesetzter Richtung entwickelten: Das politische Postulat verlagerte das Gewicht

³⁴ Vgl. *H. Huber*: HGF, S. 1 f.; *Marti*: Die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 19: «Historisch hat die ökonomische Begründung der Handels- und Gewerbefreiheit für die Schweiz die grössere Bedeutung gehabt als die naturrechtliche. Die Einführung dieses Freiheitsrechtes ist vorwiegend mit ökonomischen Überlegungen gefordert worden.»

³⁵ Vgl. *Sten. Bullt.* NR 1938, S. 388 ff.

³⁶ *E. R. Huber*: Bedeutungswandel der Grundrechte (in: *Arch. des öffentl. Rechts*, n. F. Bd. 23) S. 30.

³⁷ In der heutigen nationalökonomischen Lehre wird als Ziel nicht nur die Steigerung der Produktion, sondern auch die gleichmässige Verteilung, d. h. die Erhöhung des Volkswohlstandes bezeichnete, so z. B. *Amonn*: Grundzüge der theoretischen Nationalökonomie, S. 169. Für die Zeit des Manchestertums trifft dies aber nicht zu.

³⁸ *Meisser*: Demokratie und Liberalismus, S. 64.

³⁹ *Meisser*: a. a. O., S. 58.

⁴⁰ *Rauschnig*: Die Zeit des Deliriums, S. 176. In diesem Zusammenhang sei auf das deutsche Kartellurteil vom 4. 2. 1897 hingewiesen, das als das bedeutsamste Urteil im kontinentalen Kartellrecht bezeichnet werden muss (vgl. unten S. 21 f.), *Röpke*: Gesellschaftskrisis, S. 364; *Böhm* (in: *Ordo* 1948, S. 196 ff.) erklärt die Einführung der Gewerbefreiheit zum Teil mit dem Bestreben, «das Interesse der Gesamtheit gegen den Eigennutz des Einzelnen zu wahren».

⁴¹ Die Erklärung von Virginia verwendet den Ausdruck «equally free».

von der Idee der Freiheit zur Gleichheit⁴², weil man erkannte, dass eine Minderheit durch die Geltendmachung ihres Freiheitsanspruches die Unabhängigkeit der Mehrheit gefährden konnte⁴³. Demgegenüber wurde im wirtschaftlichen Bereich das Freiheitliche immer stärker betont und der Gleichheitsgedanke formalisiert und entwertet, denn die Statistik schien zu beweisen, dass die Produktionszahlen stiegen, je ungehemmter der einzelne Wirtschaftler sich entfalten konnte.

Hier rächte sich die erwähnte Tatsache, dass die HGF als einziges Menschenrecht vom gewerbetreibenden Bürgertum und der Masse verschieden aufgefasst wurde. Die einen sahen in ihr die Verbürgung der maximalen wirtschaftlichen Freiheit, die andern diejenige der optimalen wirtschaftlichen Freiheit. D. h., jene fassten sie als Garantie der freien Konkurrenz, also der wirtschaftlichen Expansionsfreiheit auf⁴⁴, denn sie stützten sich auf das wirtschaftliche Element; diese dagegen interpretierten sie als Gewährleistung einer jedermann zugänglichen Konkurrenzfreiheit⁴⁵, weil sie vom politisch-menschenrechtlichen Element ausgingen. Es ist der Unterschied zwischen freier Konkurrenz und Konkurrenzfreiheit.

Mithin bedeutete die HGF für die einen nur eine Schranke gegen staatliche Einwirkungen auf das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte, während sie in den Augen der andern eine viel umfassendere Schranke gegen Beeinträchtigungen jeglicher Art darstellte. In die Sprache des Kartellrechtes übersetzt: Nach den einen lag in der HGF ein Gebot, die Kartelle völlig frei gewähren zu lassen, nach den andern aber war sie eine Rechtfertigung strenger Kartellgesetze⁴⁶.

⁴² E. R. Huber: Bedeutungswandel der Grundrechte (in: Arch. f. öff. R. 1933, S. 31 f.).

⁴³ Zum Verhältnis: Private Vermachtung — Wirtschaftsfreiheit, vgl. Eucken: Das ordnungspolitische Problem (in: Ordo 1948, S. 74).

⁴⁴ Dies scheint z. B. die Meinung Bertheaus (Die bundesgerichtliche Praxis betreffend Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, Diss. 1895, S. 107) zu sein: «Gerade die Entfesselung (!) der freien Konkurrenz ist der Zweck der Gewährleistung des Rechtes auf HGF». (Zitiert bei Homburger, S. 59.)

⁴⁵ Auch das Bundesgericht spricht von Konkurrenzfreiheit BGE 59 I 61; 64 I 14; 66 I 23. Ebenso Fleiner/Giacometti: Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 283; Burckhardt: Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, S. 233; Bernoulli: Einfluss der Zunftverfassung, S. 50 ff.; Homburger: HGF und schweiz. Wirtschaftsordnung, S. 47.

⁴⁶ Auch von Dam (Preisunterbietungen als Missbrauch wirtschaftlicher Macht, S. 9) zeigt diese Antinomie auf, ohne sie als solche zu erkennen, d. h. er bezeichnet die eine Ansicht als falsch, die andere als richtig: «Die Inhaber privater Monopole, Kartelle, Trusts und Organisationen, wenn sie auch faktisch den Markt beherrschen, weisen es weit von sich, durch ihr Wirken die Wirtschaftsfreiheit zu beeinträchtigen. In Wahrheit bedeutet das in den meisten Rechtsordnungen verankerte Prinzip der Gewerbefreiheit... eine Kampfansage gegen jeden Monopolismus, der nicht nur ein staatlicher zu sein braucht.»

Mit der einseitig wirtschaftlichen Haltung stimmte die Rechtssprechung dieser Zeit völlig überein. Auch sie sah, zu Folge der dargelegten Kombination von Elementen der Bills of Rights mit solchen der Déclaration des droits de l'homme, in Art. 31 BV nur eine Schranke staatlicher Tätigkeit. Allein, wir werden im Folgenden sehen, dass die Entwicklung der letzten 50 Jahre als «die Geschichte der Abkehr von der einseitig wirtschaftlichen Auffassung der HGF» bezeichnet werden muss. Es ist die Geschichte der Rückkehr zur Garantie der Konkurrenzfreiheit: Art. 31 BV soll erneut jenem Ziel dienstbar gemacht werden, das — als Endziel — sowohl der Déclaration wie auch jenen Bills zu Grunde lag.

2. Kapitel

Der wirtschaftliche Konzentrationsprozess im Schutze des alten Art. 31 BV.

Wir haben oben den Wandel der Auslegung dieser doppelt verwurzelten HGF — insbesondere was das Verhältnis der Wirtschaftssubjekte zum Staat anbetrifft — damit erklärt, dass bald die eine, bald die andere Wurzel stärker betont wurde. Allein, weshalb hat man zu einer bestimmten Zeit dem wirtschaftlichen Moment grössere Bedeutung beigemessen und wieso nachher wieder das politische mehr in den Vordergrund gestellt? Die Erklärung liegt darin, dass die Wertung der gewerbefreiheitlichen Idee in besonders starkem Masse den Wandel vom Naturrecht zum Positivismus und in jüngster Zeit scheinbar wieder zurück zum Naturrecht mitgemacht hat¹.

In der Wirtschaft zeichnete sich dieser Wandel zunächst in einer immer stärkeren, schliesslich völligen Eliminierung des Staates ab, dann aber in einer Art Gegenbewegung, in der das politische Element erneut zu stärkerer Bedeutung kam, weil es unmöglich ist, die HGF, die begriffsnotwendig in das soziale Leben eingreift², nur unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bewerten. Kartellrechtlich ausgedrückt: Von der naturrechtlichen, teils ethischen Beschränkung der Kartellbildung³

¹ Huber (Verbandsrecht und staatliches Recht, in: ZStGV 1949, S. 53) zeigt, dass in neuester Zeit «sogar ernsthaft von einer Auferstehung des Naturrechtes gesprochen werden darf». Vgl. Fehr: Die Ausstrahlung des Naturrechtes der Aufklärung in die neue und die neueste Zeit, 1938, S. 23. Auf eine ähnliche Entwicklung des katholischen Naturrechts, das allerdings keine HGF als überstaatliches Recht kennt, weist Rommen (Die ewige Wiederkehr des Naturrechts II. Aufl. 1947) hin.

² Huber: Die HGF und ihre heutige Bedeutung, S. 4.

³ In der Frühzeit des Liberalismus hatte das Kartell als private Machtstellung noch keinen wesentlichen Einfluss auf den Wirtschaftsprozess ausgeübt. Es gab

über die schrankenlose Gewährung zum Kartellverbot, bzw. zum Zwangskartell. In der Schweiz lässt sich die Geschichte der Kartellbehandlung allerdings nicht klar auf dieses dreigeteilte Schema zurückführen, weil sowohl der Beginn der Kartellbildung auf Schweizerboden, wie auch der Erlass des Art. 31 BV in eine Zeit fielen, in der der klassische Liberalismus mit seinen hohen Idealen schon fast völlig durch das Manchesterium ersetzt war⁴. Damit fielen Ausgangspunkt und Endpunkt in der ersten Phase beinahe zusammen. Und andererseits war in der zweiten Phase⁵ der Wandel nicht sehr tiefgreifend, da man, abgesehen von wenigen Aussenseitern, nie über das Postulat der blossen Kartellüberwachung hinausging, im Unterschied zu den Vereinigten Staaten, wo nach den Erfahrungen des «laissez aller» mit dem Kartellwesen vorerst völlig gebrochen wurde⁶, oder zu Deutschland, wo im Zuge des Wechsels von der individuellen zur kollektivistischen Rechtsordnung das Institut des allgemeinen Kartellzwanges⁷ eingeführt wurde.

Die in der Schweiz unter dem Druck der Krise und des Krieges geschaffenen Zwangskartelle wurden nur von ganz wenigen als Ausdruck einer neuen schweizerischen Wirtschaftspolitik angesehen⁸: immerhin

wohl schon lange kartellartige Organisationen — wie z. B. das Alaunkartell v. 1470 — aber es gab kein Kartellproblem im heutigen Sinne. Insofern handelt es sich bei der ersten Phase um eine theoretische Annahme.

Zur ethischen Beschränkung: *Humboldt*: Idee zu einem Versuch, die Grenzen des Staates zu bestimmen; *Schindler*: Verfassungsrecht und soziale Struktur (1932), S. 89: «Voraussetzung dieses extremen Liberalismus ist die vornehme Gesinnung vollwertiger Persönlichkeit. Und es ist weiter vorausgesetzt, dass diesen Kräften gegenüber das Schlechte, Gemeine, Destruktive nicht aufkomme.»

⁴ So bezeichnet *Gering*: Die Konzentration in der Industrie der Schweiz (in: KR 1907) S. 130 ff. die ersten 10 Jahre des 20. Jahrhunderts als Epoche der hauptsächlichsten schweiz. Wirtschaftszusammenschlüsse. (Bier, Schokolade, Kaffeesatz, Milchsiederei; Zement, Ziegel, Kalk, etc.). Dies stimmt jedoch nur in bezug auf die Verwirklichung der ganz grossen Assoziationen, denn der Beginn des Konzentrationsvorganges hat schon 20 Jahre früher eingesetzt. Vgl. *Goldstein*: Gewerbe-freiheit (im Bericht des schweiz. Creditoren-Verbandes v. 1900); *Haussmann* (KKW, S. 220) bezeichnet als Beginn der schweiz. Kartellbildung (im engeren Sinn, vgl. unten) etwa das Jahr 1880.

⁵ D. h. von der schrankenlosen Wirtschaftsfreiheit zu der durch sozialpolitische Ideen eingeschränkten HGF.

⁶ Vgl. *Schindler*: Die Trusts in den Vereinigten Staaten von Amerika (1902), sowie die verschiedenen Publikationen *Haussmanns* und das bei *Notz*: Amerikanische Kartellliteratur (in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 179/180) angeführte Schrifttum.

⁷ Gesetz vom 15. 7. 1933 über die Errichtung von Zwangskartellen, sowie eine grosse Anzahl von Verordnungen des Reichswirtschaftsministers über konkrete Zwangskartellierungen. Vgl. dazu: *Haussmann*: KKW, S. 113 ff., sowie die *Kartell-Rundschau*, Jahrgänge 1933—1940, wo diese Massnahmen amtlich ausgekündet und kommentiert wurden.

⁸ *Wetter*: Grundsätzliches zur Revision der Wirtschaftsartikel (in: Festgabe f. Schulthess, S. 170), weist darauf hin, dass die Krisenwirtschaftsorganisation ledig-

beweist der geringe Widerstand, auf den ihre Schaffung stiess, dass sich auch hier die Stellung des Staates diesen wirtschaftlichen Zusammenhängen gegenüber in der aufgezeigten Richtung verändert hat.

Wie bei den meisten liberalen Postulaten führte auch im Bereich der HGF die restlose Durchsetzung des formalen Freiheitsanspruches zu einer völligen Umkehrung des Institutes: «Aus einem vollkommen genauen Ausdruck für einen bestimmten Kulturwillen wandelt sich mit der Zeit jeder grosse philosophische Standpunkt durch Abnützung in eine Form der Widerkultur⁹.»

Im Falle der Gewerbefreiheit tritt neben diese «naturgesetzliche» Entwicklung aber noch — wie wir sahen — von Anfang an der Umstand, dass der «vollkommen genaue Ausdruck» fehlte. Man erkannte wohl die dem Freiheitsrecht immanente Schranke, hielt es aber für überflüssig, sie gesetzlich festzulegen, denn die Nationalökonomten glaubten an den starken Einfluss der sittlichen Kräfte auf den Wirtschaftsablauf. Es galt als erwiesen, dass die selbständige Lebensgestaltung des Einzelnen dem natürlichen Ablauf am besten entspräche, und dass «bei der von Natur guten Veranlagung des Menschen durch die freie Betätigung des Einzelnen, hierdurch auch die natürliche Harmonie der Gemeinschaft am besten gefördert werde¹⁰».

So lag auch kein Widerspruch in der Tatsache, dass die gleichen Nationalökonomten den Eigennutz als die Haupttriebfeder wirtschaftlichen Handelns bezeichneten. Erst als man später im Eigennutz nicht mehr bloss die Triebkraft zum wirtschaftlichen Handeln, sondern ein Axiom erblickte, aus dem sich weitere Lehrsätze ableiten liessen, trat die Wendung zum «laissez faire» ein¹¹. Hier wandelte sich die Konkurrenzfreiheit zur Freiheit des Wirtschaftskampfes, der die Vernichtung des Schwachen will¹² und der aus dem Freiheitsrecht, das wie jedes Recht bindet¹³, ein abstraktes Freiheitsrecht formte, dessen inhaltliche Präzisierung als eine Beschränkung und damit als ein Widerspruch empfunden wurde. Auf diese Weise fand nur noch die negative Stellungnahme der HGF dem

lich das Produkt einer momentanen Notlage war; dass man nicht versuchte, die Wirtschaft selbst nach bestimmten Prinzipien neu zu gestalten: «Denn wir hatten bei uns den Interventionismus als Folge und als Antwort auf den ausländischen Interventionismus; ... nur das absolut notwendige.»

⁹ Ortega y Gasset: Kant oder Über die Psychologie eines philosophischen Systems (in: Schw. Rdsch. 1930 Mai) S. 385.

¹⁰ Koellreutter: Grundriss der allgemeinen Staatslehre, S. 100.

¹¹ Brentano: Ethik und Volkswirtschaft in der Geschichte, S. 31.

¹² Vgl. Renggli, in: Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft II, S. 553. In diesem Sinne unterscheidet auch Homburger (S. 51), zwischen der Vernichtung des Leistungsschwachen und den machtmässig unterlegenen Konkurrenten.

¹³ E. Huber: Recht und Rechtsverwirklichung, S. 131.

Staat gegenüber Beachtung¹⁴, während man völlig übersah, dass mit dem gleichen Institut auch eine bestimmte Aktivität des Staates zur Erhaltung der unverfälschten Funktionsgrundlagen dieser Wirtschafts-idee postuliert wurde¹⁵. Diese Entwicklung ist indessen nicht überraschend, denn dem liberalen Staat ist der Gedanke stets fremd geblieben, dass er für die Erhaltung der soziologischen Grundlagen seiner politischen Einrichtungen unter Umständen einen aktiven Einsatz leisten muss¹⁶.

Die Wandlung zur Garantie eines uneingeschränkten Wirtschaftskampfes führte zwingend zu jener Erscheinung, der man bei jeder Kampfsituation (auch im Politischen, Militärischen) begegnet: Zur Machtbildung, genauer: zum Konzentrationsvorgang. Es sei gleich hier vorweggenommen, dass in der Kartellliteratur der Begriff der «Konzentration» sehr uneinheitlich verwendet wird. Insbesondere seit sich die Wirtschaftspolitik dieses Begriffes bemächtigt hat, ist er teilweise zum Schlagwort geworden. Wir verstehen im Folgenden unter «Konzentration» jede Art der Unternehmenszusammenfassung, d. h. wir betrachten die Kartelle, Trusts, Konzerne, etc. nur als verschiedene Ausdrucksformen, bzw. verschiedene Intensitätsstufen des Konzentrationsvorganges den wir als eine einzige wirtschaftliche Erscheinung verstehen¹⁷.

Der uneingeschränkte Wirtschaftskampf zeigte sehr bald, dass der grössere, insbesondere der kapitalkräftigere Teilnehmer in dieser Auseinandersetzung bessere Erfolgsaussichten hatte. Deshalb verzichteten einzelne Unternehmer bewusst auf einen Teil ihrer wirtschaftlichen Freiheit, um — durch rechtliche, kapitalmässige und/oder organisatorische Mittel zu einheitlichen Kampfverbänden zusammengeschlossen — ihre wirtschaftliche Existenz erfolgreicher verteidigen zu können, bzw. um selbst zu versuchen, weniger starke Unternehmungen auszuschalten. So

¹⁴ So z. B. *Schirmer* (Der Schutz gegen sich selbst, 1919, S. 18): «Das Handeln des Staates gegenüber der gewährleisteten Freiheit ist lediglich ein Unterlassen, ein Nichteingreifen.» Vgl. auch *Ballerstedt*, a. a. O., S. 135.

¹⁵ Vgl. *Imboden*: Die HGF und die schweiz. Wirtschaftsordnung, S. 39; *Böhm*: Ordnung der Wirtschaft, S. 39 ff.

¹⁶ Diese Lehre haben ihm in dieser Allgemeinheit erst viel später die Neoliberalen wie *Röpke*, *Böhm* u. a. erteilt.

¹⁷ Schliesslich verdanken die Kartelle, Trusts, Konzerne (dazu unter S. 50 Anm. 1) schon ihre Existenz grundsätzlich denselben Impulsen. Es ist vor allem das Verdienst *Haussmanns* (vor allem in: Schicksalswende) diese Tatbestände als Erscheinungen derselben Konzentrationsbewegung dargestellt zu haben. Wenn dagegen *Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949), S. 360 behauptet, es sei «ja auch nicht so, dass Grossbetriebe allmählich aus Klein- und Mittelbetrieben herauswachsen», wenn er sagt, dass «Grossbetriebe als Grossbetriebe errichtet wurden», so stimmt das wohl nur für eine sehr kleine Zahl dieser Wirtschaftssubjekte. Andererseits können wir auch *Gysin* (Grundlinien, S. 371 f.) nicht zustimmen, wenn er die Kartelle (im engeren Sinn) aus diesem Kreis ausschliesst, weil es sich dort um eine Zusammenfassung von Unternehmern und nicht von Unternehmen handle. Abgesehen davon, dass es viele Fälle gibt, in denen

bezeichnet das ältere Schrifttum über das Kartellproblem vor allem den Schutz vor ruinöser Konkurrenz, vor Preisschwankungen und andern Risiken als Impulse zu derartigen wirtschaftlichen Zusammenschlüssen¹⁸. Darin liegt auch die Erklärung, weshalb der Konzentrationsprozess auf der einen Seite, die gleiche Entwicklung zwangsläufig nicht nur auf der wirtschaftlichen Gegenseite, sondern auch in bloss benachbarten Wirtschaftszweigen nach sich ziehen musste. So führte z. B. die industrielle und die finanzielle Zusammenfassung zwingend zu Konzentrationstendenzen in der Landwirtschaft, als einzige Möglichkeit der Abwehr und der eigenen Festigung¹⁹.

Zugegeben, die Konzentrationsbewegung beruhte nicht nur auf der Idee der Abwehr fremder Eingriffe und der Festigung der eigenen wirtschaftlichen Existenz: sie war nicht nur ein Ausfluss des «elementaren Selbsterhaltungstriebes»²⁰. Doch erscheint es angesichts der mancherorts vorherrschenden Meinung, dass die Konzentrationsgründe ausschliesslich im Profitstreben oder im Machthunger einzelner Wirtschaftler oder Wirtschaftsgruppen zu suchen seien, notwendig, auf diese bedeutende Gruppe der Kartellierungsimpulse besonders hinzuweisen²¹. Solange nämlich der Konzentrationsprozess nur als eine Art Korruptionserscheinung und nicht als Strukturproblem der Wirtschaftsordnung begriffen wird, ist eine befriedigende gesetzliche Lösung der Frage undenkbar.

sich Unternehmer kartellmässig vereinigt haben, handelt es sich hierbei unseres Erachtens nur um einen quantitativen nicht qualitativen Unterschied.

¹⁸ Z. B. *Liefmann*: KKT, S. 26 f.; *Lehnick*: Kartelle und Staat, S. 4. *Kleinwächter* (Die Kartelle 1883, S. 193) bezeichnet die Kartelle als «Kinder der Not». Vgl. auch *Saizew*: Horizontal und Vertikal, S. 8.

¹⁹ Besonders deutlich trat diese Tatsache in der amerikanischen Landwirtschaft in Erscheinung, worauf der damalige Landwirtschaftsminister, *Wallace*, an der internationalen Landwirtschaftskonferenz v. 1938 (Ottawa) hinwies. Vgl. *Haussmann*: Schicksalswende, S. 35. Die landwirtschaftlichen Zusammenschlüsse erwiesen sich geradezu als eine Lebensnotwendigkeit der nationalen Wirtschaft, wie dies z. B. die Agricultural Exemption Law v. 1920 zeigt, mit der der amerikanische Kongress an seinen Kredit zur Trustbekämpfung die folgende Bedingung anknüpfte: «that no part of this appropriation shall be expended for the persecution of producers of farm products and associations of farmers who cooperate and organize in an effort to and for the purpose to obtain and maintain a fair and reasonable price for their products.» (Zitiert nach *Lewis*: «Antitrust Laws» 1946, S. 51); zum Konzentrationsvorgang in der Landwirtschaft auch: *Steding*: Die Kartellisierung in der Landwirtschaft, 1928; *Feldmann*, S. 33 und dort zitierte Literatur; *Preisbildungskommission*, Publikation Nr. 22 (Heft IV der Kartellenquête): Die Organisation der Schweiz. Milchwirtschaft, 1939; *Durtschi*: Artikel «Landwirtschaftliche Organisationen» im Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft II, S. 110.

²⁰ *Feldmann*, S. 23. Aus dieser Feststellung sind wichtige Folgerungen für die Ausgestaltung einer Kartellgesetzgebung zu ziehen. So sagt z. B. die schweiz. *Preisbildungskommission*: «... dass eine Rückkehr zu den alten Formen der freien Konkurrenzwirtschaft nicht möglich erscheint». (Publikation Nr. 4: Zementherzeugung und Zementhandel, S. 28 f.); auch unten S. 41 f.

²¹ Dazu *Lehner*: Die Kartellbestimmung (in: NZZ 18. 2. 38).

Ebenso wird von jener Seite sehr oft übersehen, dass diese wirtschaftlichen Organisationsformen in vielen Fällen nicht auf Grund einer völlig willkürlichen Beschlussfassung zu Stande kamen, sondern dass sie sich als Folge eines bestimmten Entwicklungsvorganges teilweise «natürlich» einstellten. Auf die Zwangsläufigkeit dieser Entwicklung baut bekanntlich die sozialistische Wirtschaftslehre auf, die (wie z. B. Marx) in den Wirtschaftskonzentrationen die notwendige Vorstufe zum «unabwendbaren Zusammenbruch des Kapitalismus» sieht²². In diesem Sinne haben beispielsweise Engels²³ und Kautsky²⁴ die Kartelle als Überwinder der «kapitalistischen Anarchie» freudig begrüsst. Angesichts der heutigen Einstellung der marxistisch orientierten Parteien den wirtschaftlichen Konzentrationen gegenüber, ist es besonders interessant zu sehen, wie positiv sich die Kathedersozialisten um die Jahrhundertwende zu ihnen eingestellt haben²⁵.

Auch wenn wir die Theorie der Zwangsläufigkeit, die der tatsächlichen Kompliziertheit des Konzentrationsvorganges in keiner Weise gerecht wird, in dieser unbedingten Form ablehnen, müssen wir auf Grund der geschichtlichen Erfahrung immerhin zugeben, dass in gewissen Fällen eine sehr kontinuierliche Entwicklung beobachtet werden kann. Die Gründe dafür sind wohl in erster Linie soziologischer Art: Die starke Bevölkerungszunahme²⁶ und die Lockerung der religiösen, ethischen und

²² Zur sogen. Akkumulationstheorie v. Marx vgl. *Sombart*: Hochkapitalismus, III/2, S. 1008; *Haussmann*: Schicksalswende, S. 46 ff.; *Feldmann*, S. 7.

²³ *Engels*: Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft.

²⁴ *Kautsky*: Handelspolitik und Sozialdemokratie, 1901.

²⁵ Eine interessante Zusammenstellung aus diesem Schrifttum gibt *Wolffers*: Das Kartellproblem im Lichte der dt. Kartellliteratur, S. 4 ff. Wir zitieren daraus: *Schmoller* (Schriften des Vereins f. Sozialpolitik Bd. 106, S. 237) der in den Kartellen den «Anfang einer ganz neuen Ordnung des öffentlichen Lebens» sieht. *Brentano*: (Die Ursachen der heutigen sozialen Not 1889, S. 24 f.) erwartete von der Konzentration, besonders der Kartellierung (i. e. S.; vgl. unten) eine, für die Arbeiter günstigere Verteilung des Sozialproduktes; *Liefmann*: (Die Unternehmerverbände, 1897, S. 11) stellte den «wirtschaftlichen Fortschritt des Kartellwesens», der «Anarchie im Zustand der freien Konkurrenz» gegenüber; *Schönlank*: (Die Kartelle, in: Arch. f. soziale Gesetzgebung, 3. Bd. 1890) nennt die Kartellwirtschaft eine Durchgangsstufe zum Sozialismus; ähnliche Theorien vertreten später A. *Weber* (Das Ende des Kapitalismus, 1929); *Schmalenbach*: (Grundlagen der Selbstkostenberechnung 1930 S. 94); *Franz Neumann*: (Die Arbeit, 1930, S. 786) usw. Diese Haltung entspricht zweifellos der marxistischen Weltanschauung besser als die Einstellung vieler massgebender Marxisten der Gegenwart, die jeden wirtschaftlichen Zusammenschluss — sofern es sich nicht um einen gewerkschaftlichen oder staatlich durchgeführten handelt — grundsätzlich verdammen. So weist *Roosevelt* in einer Botschaft von 1938 sehr treffend darauf hin, dass «ein grosses Stück Planwirtschaft in den Trusts, Konzernen und Kartellen bereits fix und fertig gestaltet» sei. (Zitiert nach: Neue Zürch. Nachr. 1. 12. 48. Zu dieser Frage vgl. auch *Marbach*: KTS, S. 149; *Eggmann*, S. 99.

²⁶ Die Bedeutung der Bevölkerungszunahme für die Konzentrationserscheinungen erwähnt auch die *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsarti-

nationalen Bindungen des einzelnen Wirtschaftssubjektes²⁷. Gleichzeitig wurde dieser Prozess durch die technische Rationalisierung²⁸ wesentlich beschleunigt. Dagegen sind die einzelnen Formen der Konzentration wohl in erster Linie von der sachlichen Seite her bedingt worden, wie z. B. die Trustbildung als natürliche Folge der zunehmenden Kapitalintensität und der damit verbundenen Tendenz zur Vollaussnützung²⁹.

Neben den «naturgesetzlichen» Gründen, und jenen andern, die das Agens jeder wirtschaftlichen Tätigkeit sind (Profiterzielung und -vermehrung, persönlicher Einfluss etc.³⁰) darf schliesslich der bedeutsame staatliche Einfluss auf die Konzentrationsentwicklung nicht übersehen werden³¹. So spricht Röpke vom «Geburtshelferdienst des Staates», und davon, «dass es in der übergrossen Zahl der Fälle der Staat selbst gewesen ist, der durch seine gesetzgeberische, administrative oder judizielle Tätigkeit überhaupt erst die Bedingungen für die Monopolbildung geschaffen hat»³². Dem gegenüber glauben wir aber, dass der Staat nicht für die Entstehung dieser Wirtschaftstatbestände an sich verantwortlich gemacht werden kann, sondern bloss für die Intensität des Konzentrationsvorganges und für die Wahl der einzelnen Verwirklichungsformen³³. So beweist gerade die amerikanische staatliche Kartellpolitik³⁴, auf die wir unten

kel, S. 5; vgl. *Eucken*: Grundlagen, S. 247, 283; *Eidg. Volkswirtschaftsdepartement*: Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, I S. 9 ff.; *Andereg*: Die Bevölkerungsbewegung in der Schweiz, 1850—1900 (in: schw. Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik, 1908); *Mahr*: Volkswirtschaftslehre, S. 36 f.

²⁷ Botschaft des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel, S. 5.

²⁸ Vgl. *Haussmann*: Schicksalswende, S. 17. *Dobretsberger*: Konkurrenz und Monopol, S. 137; *Rasch*: Deutsches Konzernrecht, S. 4; *Haus*: Cartels et rationalisation, und die dort zitierte reichhaltige Literatur.

²⁹ *Schmalenbach*: Der freien Wirtschaft zum Gedächtnis; *Marbach*: KTS, S. 53; *Mahr*: Volkswirtschaftslehre, S. 25 ff., 46 f.

³⁰ Zum Machttrieb als psychologisches Motiv des Konzentrationsvorganges, vgl. *Castelberg*: Grundlagen des schweiz. Wettbewerbsrechtes, S. 64.

³¹ Davon zu scheiden sind die Fälle, in denen der Staat selbst als Wirtschaftssubjekt auftritt (vgl. unten S. 76).

³² *Röpke*: Gesellschaftskrisis, S. 360. Unter Monopol ist hier das Monopol im weiteren Sinne zu verstehen (vgl. unten 6. Kp.); ähnlich *Hayek*: The Road to Serfdom, 1944, S. 32.

³³ Vgl. *Homburger*, S. 55, Anm. 187; *Böhm* (in: Ordo 1948, S. 196 ff.)

³⁴ Unter staatlicher Kartellpolitik verstehen wir, neben der spezifischen Kartellgesetzgebung, auch die staatl. Schutzzoll-, Kriegswirtschafts-, Mittelstands-, Dumpingpolitik, soweit sie im Hinblick auf die Konzentrationserscheinung durchgeführt wird. Besonders ist die enge Verbindung von Zollpolitik und Kartellpolitik hervorzuheben. Vgl. *Fretz*: Die Wechselbeziehungen zwischen der modernen Kartellbewegung und der herrschenden Schutzzollpolitik, 1923; *Liefmann*: KKT, S. 390 f.; *Eucken*: (in: Ordo 1949, S. 39); *Lehner*: Die Kartellbestimmung (in: NZZ 18. 2. 38) verweist auf Spanien, das mit der Zollregulierung eine sehr intensive Kartellüberwachung durchführte. Ebenso fällt in Deutschland der Beginn der Kartellbewegung mit der Einführung der Schutzzollpolitik zusammen. (Vgl. *Wolffers*: Das Kartellproblem im Licht der dt. Kartellliteratur, S. 1; *Liefmann*: Die Unternehmer-

zurückkommen werden, wie wenig aussichtsreich es ist, mit gesetzgeberischen Mitteln diesen wirtschaftlichen Prozess an sich zu verhindern, wie sehr aber auf der andern Seite die Wahl bestimmter Formen durch den Staat mitbestimmt werden kann. Hier liegt wohl die Erklärung, weshalb die Vereinigten Staaten heute mit Recht «als das Land der Trusts». Vorkriegsdeutschland als «das Land der Kartelle» bezeichnet werden³⁵: und auch in der schweizerischen Wirtschaftsgeschichte finden sich Vorgänge, die unsere Darlegung bestätigen, worauf beispielsweise die bundesrätliche Botschaft zum Preisüberwachungsgesetz hingewiesen hat: «Seit dem Erlass der Einfuhrbeschränkungen ist eine verstärkte Tendenz zur Kartellierung und zu Preisabreden festzustellen³⁶».

Der Vollständigkeit halber sei auch auf die Bedeutung der Staatsaufträge als Mittel staatlicher Einflussnahme auf den Konzentrationsprozess hingewiesen. Vom Standpunkt der Konzentrationsbekämpfung aus berührt es deshalb eigenartig, dass in den Vereinigten Staaten — dem Land mit der «klassischen» Konzentrationsgesetzgebung — von 13 Milliarden Dollars Kriegsaufträgen des vergangenen Krieges, 45 % an sechs miteinander eng verbundene Konzerne, bzw., wenn wir den Kreis erweitern, 80 % an 62 Konzerne oder Gesellschaften gingen³⁷. Diese Tatsache mag wohl bis zu einem gewissen Grad auch das Ergebnis der neuesten statistischen Untersuchung über die wirtschaftliche Struktur dieses Landes, beeinflusst haben; indessen beweist diese Untersuchung dennoch eindeutig, dass auch ein 50jähriger (nur in der Kriegs- und Krisenzeit unterbrochener) erbitterter Kampf gegen die wirtschaftliche Machtbildung, der Zwangsläufigkeit des Konzentrationsprozesses nicht Halt gebieten konnte. Nach den Angaben dieser von der Federal Trade Commission, einer staatlichen Aufsichtsbehörde, erstellten Untersuchung³⁸, sollen nämlich 1947, 113 Industriegesellschaften 46 % der gesamten Aktiven aller Gesellschaften kontrolliert haben. Darnach verfügen in vielen Wirtschaftszweigen drei oder weniger Gesellschaften über mehr als 60 % der gesamten Aktiven, so z. B. Aluminium 100 %, Blechdosen und ähnliche Behälter 95,3 %, Linoleum 92,1 %, Kupferschmelzerei und Raf-

verbände, 1897, S. 52). Auch die staatliche Steuerpolitik kann ein sehr wirksamer Faktor der Kartellpolitik werden. Vgl. vor allem *Halm*: Wirkung der Besteuerung des Kartellgewinns, S. 39 ff. (in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 179/180).

³⁵ *Callmann* (in KR 1934, S. 579 ff.)

³⁶ *Botschaft* v. 18. 3. 35, S. 10.

³⁷ Die Zahlen stammen von *Trumpler*: Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trust-Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 100.

³⁸ *Botschaft* der Federal Trade Commission an den Kongress. Zitiert nach: «Die Antitrustpolitik in den Vereinigten Staaten» (NZZ 25. 12. 49).

finerien 88.5 %, Zigaretten 77.6 %, Pneus, Spirituosen, sanitäre Anlagen, Bureau-Maschinen und Automobile, alle ca. 70 %³⁹.

Angesichts dieser grossen Zahl von Konzentrationsgründen ist es nicht erstaunlich, dass die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse schon sehr bald zu einem wesentlichen Faktor der Wirtschaftsordnung jedes Staates wurden. Davon macht auch die Schweiz keine Ausnahme⁴⁰. Schon 1935 hat der Bundesrat in einem Bericht an die Bundesversammlung festgestellt, «dass die Kartellbildung in der Schweiz sehr verbreitet ist. Kartelle sind bei uns nicht nur eine Organisationsform grosskapitalistischer Unternehmungen, sondern ebenso sehr eine solche zahlreicher Verbände der gewerblichen Produktion und des Handels. Ist doch unsere Volkswirtschaft durchorganisiert wie kaum eine andere⁴¹.» Zum gleichen Ergebnis ist auch die eidgen. Preisbildungskommission gekommen, die in der ersten Publikation ihrer Untersuchungen über Kartelle und kartellartige Abmachungen der schweizerischen Wirtschaft, darauf hinweist, «dass die Kartellierung in der Schweiz viel weiter fortgeschritten ist, als üblicherweise angenommen wird»⁴².

Bedeutend weniger verbreitet sind dagegen — auch im Vergleich mit dem Ausland — die andern Formen wirtschaftlicher Machtkonzentration. Das mag einerseits mit der Mentalität des wirtschaftenden Schweizlers zusammenhängen, der — bei aller Vereinsfreudigkeit (→ Tendenz zum Kartell) — grundsätzlich individualistisch eingestellt ist, und so lange als möglich die rechtliche Selbständigkeit seines Betriebes zu erhalten sucht⁴³. Andererseits erklärt sich das wohl auch aus der starken Spezi-

³⁹ Ein Vergleich mit einer ähnlichen Statistik aus dem Jahre 1935 (abgedruckt bei Haussmann: Schicksalswende, S. 27) zeigt einige sehr interessante Verschiebungen, die sich im Verlauf dieser 12 Jahre ergeben haben. So beim Kupfer, wo 1935 4 Gesellschaften 78 %, 1947 aber nur 3 Gesellschaften gar 88 % der Aktiven kontrollierten. Oder, bei je 3 Gesellschaften: Blechdosen 1935: 90 %, 1947: 95 %; Autos 1935: 83 %, 1947 68,7 %; Zigaretten 1935: 80 %; 1947: 77,6 %.

⁴⁰ Zum Konzentrationsvorgang in der Schweiz vgl. besonders: Feldmann, S. 15 ff.; eidg. Volkswirtschaftsdep.: Wirtsch. und sozialstatistische Mitteilungen, 1930, S. 156; und dasselbe: Volkswirtsch., Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, 1925, I. S. 138 ff.; sowie die Publikationen der Preisbildungskommission.

⁴¹ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren zur Bekämpfung der wirtsch. Krise und Not, 6. 3. 35, Bbl. 1935 I, S. 326 ff.; schärfer formuliert in der Botschaft zur Revision d. Wirtschaftsartikel, S. 17.

⁴² Publikation Nr. 16 dieser Kommission (1937), S. 7; vgl. auch Kartelle in der Krise (in: gewerkschaftliche Rundschau 1937, S. 345). Lehnich (Kartelle und Staat, 1927, S. 224) sagt dagegen, dass die Kartelle in der Schweiz wegen der geographischen Lage, nicht sehr verbreitet seien. Er bezieht sich dabei auf eine Publikation Goldsteins in der Kartell-Rundschau aus dem Jahr 1904!

⁴³ Dazu: Saitzew: Horizontal und Vertikal, S. 23 f.; eingehend behandelt auch Eggmann (S. 102 ff.) die Bedeutung der «allgemeinen Wirtschaftsgesinnung und der Mentalität der Unternehmer», wobei er vor allem auf den Unterschied zwischen dem deutschen und dem englischen Konzentrationsprozess hinweist.

sierung unserer Wirtschaft⁴⁴, denn es ist sicher kein Zufall, dass sich im Ausland die mächtigsten Konzentrationen im Gebiet der Massenproduktion vorfinden. Diese spezifisch schweizerische Konzentrationsstruktur, wird besonders in der Gegenwart klar: Während um die Jahrhundertwende die Vertrustung der schweiz. Wirtschaft unaufhaltsam schien⁴⁵, zeigen die neueren statistischen Untersuchungen⁴⁶, dass sich die handwerklichen Betriebe — und damit die Kartellierung — viel stärker vermehren als die Grossbetriebe.

Weil die relativierte HGF nur als Instrument gegen den Staat verwendet werden konnte, ist es durchaus begreiflich, dass man sich vorerst der wirtschaftlichen Konzentrationsbewegung gegenüber völlig passiv verhielt, selbst dort, wo ihre schlimmen Folgen erkennbar wurden. Sie vollzog sich ja auf einer rein privaten Ebene und rüttelte in keiner Weise an jener Schranke, welche in der HGF den positiven Niederschlag erhalten hatte!⁴⁷ Wo man dennoch versuchte, einen gewissen rechtlichen Einfluss auf sie zu gewinnen, war man an die vorhandenen Bestimmungen des Privatrechts gebunden, beispielsweise also an die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über Austritt und Auflösung, oder die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit⁴⁸. Zudem wurden diese geringen Einflussmöglichkeiten⁴⁹ in ihrer Anwendung noch dadurch eingeschränkt, dass der Staat seine Tätigkeit nur entfalten konnte, sofern ihn jemand, der legitimiert war, dazu aufforderte⁵⁰. Auf diese Weise konnte die Konzentrationsbewegung wohl in einem beschränkten Umfang gelenkt werden, eine

⁴⁴ Dazu *Eggmann*, S. 10.

⁴⁵ Vgl. *Lorenz*: Taschenbuch der schweiz. Wirtschafts- und Sozialstatistik (1906), S. 38/39; *Steiger*: Trusts und Kartelle im Ausland und in der Schweiz (1907), S. 51 ff.; *Goldstein*: Die Gewerbefreiheit (in: Bericht des schweiz. Creditoren-Verbandes 1900).

⁴⁶ Z. B. *Steinmann*: Strukturwandlungen in der sozialen Schichtung des Schweizervolkes (in: Schweiz. Arbeitgeber-Zeitung 28. 11. 42); *Röpke*: Klein- und Mittelbetriebe in der Volkswirtschaft (in: *Ordo* 1948, S. 157 f.).

⁴⁷ Diesen Standpunkt vertritt auch *Feldmann* (S. 61): «Auch gegenüber denjenigen Auswirkungen der Kartelle und Trusts, welche bewusst und offenkundig auf die Ausschaltung der freien Konkurrenz ausgehen, verleiht der Art. 31 BV nach Ursprung, Entstehung und heutiger Auslegung keinerlei Sicherung.»

⁴⁸ D. h. Schutz der Persönlichkeit, Schutz vor Sittenwidrigkeit, sowie das schwammige Kriterium der öffentlichen Ordnung. Vgl. *Lütschg*: Fragen des internationalen Kartellrechts, S. 20 ff.; *Mutzner*: Zur Frage der rechtlichen Wirksamkeit von Kartellabreden gegenüber Aussenseitern (in ZSJ Bd. 23, S. 146 ff.); *Naegeli*: Kartelle in der Wettbewerbsordnung, S. 159. Dagegen war es hier schon möglich, statt, wie am Anfang nur auf die Mittel, auch auf die verfolgten Zwecke abzustellen (vgl. unten 8. Kp.).

⁴⁹ Sehr scharf beurteilt *Böhm* (in: *Ordo* 1948, S. 201) die Möglichkeit einer derartigen Einflussnahme: «Mit Hilfe der guten Sitte aber, wurde nichts anderes erreicht, als eine Vernebelung, Verflachung und Verflüchtigung des Problems.»

⁵⁰ Vgl. unten S. 108 f.

zielbewusste «Kartell»-Rechtspolitik war mit solchen Mitteln aber nicht möglich.

Die schrankenlose Ausnützung der Freiheit, in deren Schutz sich die Bildung von Kartellen, Trusts und ähnlichen Organisationen vollzog, bewies offensichtlich, dass die Forderung der Nichtintervention zu einem Widerspruch gegen sich selbst gelangen musste⁵¹. An Stelle der staatlichen Intervention in die Wirtschaftssphäre des Einzelnen, trat in vielen Fällen eine — oft weit härtere — private Intervention. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass dieser Zustand, dessen schädliche Folgen sich sowohl auf dem wirtschaftlichen wie auch auf dem sozialen Gebiet auswirkten, einer Revision der Auffassung der HGF rief: genauer: der Rückkehr zu jener umfassenden Zielsetzung, der schon ihr Vorläufer, jener Gewerbefreiheitserlass von 1798 diente. Selbst von überzeugten Anhängern der liberalen Lehre wurde nun zugegeben, dass ein gewisses Mass von Staatseingriffen für die Bewahrung einer gesunden Wirtschaft unumgänglich sei⁵². Die tatsächliche Entwicklung bewies schliesslich zu deutlich, dass man dem ewigen Streben des Lebens zwischen Freiheit und Bindung einen Ausgleich zu finden⁵³, durch die verfassungsrechtliche Garantie des einen Pols nicht entfliehen konnte.

Rappard⁵⁴ nennt diese zunehmende Bereitschaft, dem Staat stärkeren Einfluss zu gewähren, die «évolution démocratique», die er — zusammen mit der technischen und der militärischen Entwicklung — als den wesentlichsten Faktor der schweizerischen politisch-wirtschaftlichen Geschichte der letzten 100 Jahre bewertet. Hier wurde erkannt, dass sich die Aufgabe des Staates wandeln müsse: Sie besteht nicht mehr darin, im Glauben an die Selbstregulierung abseits zu stehen, sondern darin, gegen die Auswüchse einzuschreiten und einen Interessensausgleich vorzunehmen⁵⁵, damit jedermann über die Möglichkeit verfüge, sich wirtschaftlich frei zu betätigen.

⁵¹ Ruggiero: Geschichte des Liberalismus in Europa, S. 400; Thomas Mann (Vom zukünftigen Sieg der Demokratie, S. 41) nennt die im Schutz des Liberalismus entstandenen Vormachtstellungen «das Moderne, aber nicht Edlere, das an die Stelle der feudalen Vorrechte und Ungleichheiten gesetzt wurde».

⁵² Wetter: Grundsätzliches zur Revision der Wirtschaftsartikel (in: Festgabe Schulthess), S. 171; Feldmann: KTM, S. 139; Kächlin: HGF und Wirtschaftsge-
setzgebung, S. 33; Haussmann: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 72 ff.; Lief-
mann: Zur Systematik wirtschaftl. Machtstellungen (in: KR 1928, S. 389): «Man
steht heute nirgends mehr auf dem Standpunkt, dass das Wirtschaftsleben am
besten sich selbst überlassen bleibe und keinerlei staatlicher Regelung bedürfe».
Vgl. auch Liefmann: KKT, S. 15 ff.; Böhm: Wirtschaftsordnung und Staatsverfas-
sung (in: ZbJV 1949) S. 330; Haussmann: Schicksalswende, S. 58, 64.

⁵³ Huber: HGF, S. 23.

⁵⁴ Rappard: L'évolution de la politique économique de la Suisse de 1848 à 1948,
S. 13.

⁵⁵ Huber: HGF, S. 9.

3. Kapitel

Die Veränderung der Auslegung von Art. 31 BV als Folge der Revision der Wirtschaftsartikel, bzw. als Folge der Wandlung der Wirtschaftsverfassung

1 Die HGF verkörperte bei ihrem Erlass im Jahre 1874 gleichzeitig die, der damaligen Wirtschaftsverfassung¹ zu Grunde gelegte Ordnungsvorstellung und das aus dem täglichen Wirtschaftsgeschehen gewachsene tatsächliche Ordnungsgefüge², die sogenannte Wirtschaftsordnung³. Dies ist durchaus nicht selbstverständlich. Wirtschaftsgeschichte und tägliche Erfahrung zeigen im Gegenteil, dass die durch die Wirtschaftsverfassung — als einem Inbegriff bestimmter Rechtssätze und Rechtsinstitute —⁴

¹ Unter Wirtschaftsverfassung verstehen wir mit *Tschierschky* (Wirtschaftsverfassung, S. 24): «Die Gesamtheit der Normen und Organe, welche zur Durchführung der Grundsätze eines Wirtschaftssystems Rechte und Pflichten der Einzelwirtschaftler, wie ihrer von ihnen selbst oder von der öffentlichen Gewalt geschaffenen Gemeinschaften gegeneinander und gegenüber den von der öffentlichen Gewalt oder von ihr geschaffenen Wirtschaftseinrichtungen regeln und überwachen sollen.» (Zitiert nach *Elster*: Wörterbuch der Volkswirtschaft III, S. 1051). Ähnlich nennt *Brunner* (Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: NZZ. 18./19.8.43) die Wirtschaftsverfassung «die normative Ordnung der Volkswirtschaft, eine grundsätzliche Entscheidung über eine bestimmte Art, Methode und Form des Wirtschaftens». Dieser Begriff entspricht deshalb völlig dem Begriff der Wirtschaftsordnung, wie ihn *Castelberg* (schweiz. Wettbewerbsrecht, S. 27) verwendet: «Inbegriff aller Rechtsnormen, die den Bereich der Wirtschaft erfassen und regeln.»

² Obwohl *Böhm* (Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung) die hier durchgeführte Trennung von Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung nicht macht, weist er doch auf den Unterschied von Ordnungsvorstellung und tatsächlichem Ordnungsgefüge hin. (S. 55): «Wer daher feststellen will, ob in einer bestimmten Geschichtsepoche eine Wirtschaftsverfassung vorhanden war ... darf sich nicht damit begnügen zu ermitteln wie die Menschen tatsächlich gewirtschaftet haben, sondern er muss vor allem nach Rechtsdenkmälern und Quellen suchen, die darüber Auskunft geben, ob innerhalb der Gemeinschaft eine rechtsverbindliche Entscheidung zugunsten einer bestimmten Art des Wirtschaftens stattgefunden hat.»

³ Wir definieren die Wirtschaftsordnung in Anlehnung an die Definition der Wirtschaftsverfassung als «das aus dem Wirtschaftsleben eines Gemeinwesens herausgewachsene tatsächliche Ordnungsgefüge, aus dem sich der Wirtschaftsprozess abspielt». Ebenso *Eucken*: Das ordnungspolitische Problem (in: Ordo 1948, S. 71): «Die Wirtschaftsordnung ist ... die Gesamtheit der Formen, in denen die Lenkung des alltäglichen Wirtschaftsprozesses in concreto jeweils erfolgt.» (Unterstreichung von mir). Es sei darauf hingewiesen, dass die Begriffsbildung auf diesem Gebiet sehr uneinheitlich ist. So machen überhaupt keinen Unterschied: *Böhm*, a. a. O., S. 54 ff.; *H. Huber*: Staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 360; *Homburger*, S. XIX; *Böhler*: Korporative Wirtschaft, S. 47; u. a.

⁴ Weil die Wirtschaftsverfassung einen Normenbegriff (vgl. *Böhm*, a. a. O. S. 54) und damit einen Teil der Rechtsordnung darstellt, besteht eine gewisse Gefahr, sie mit dem Wirtschaftsrecht zu verwechseln. Unter Wirtschaftsrecht verstehen wir (wir schliessen uns dabei der stark privatrechtlich orientierten Definition *E. R. Hubers*: Wirtschaftsverwaltungsrecht 1932, an:) «... das die Beziehung des wirtsch.

festgelegte Wirtschaftssituation meistens in einem beträchtlichen Umfang von der faktischen Wirtschaftsordnung abweicht⁵.

Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass diese weitgehende Übereinstimmung nur von kurzer Dauer war. Jene verschiedenen Erscheinungen, mit denen wir uns im zweiten Kapitel auseinandergesetzt haben, bewirkten alle eine bedeutende und sehr sprunghafte Veränderung der Wirtschaftsordnung, während sich andererseits — wie wir unten sehen werden — die Wirtschaftsverfassung nur sehr langsam der veränderten Wirtschaftsgesinnung des Volkes anpassen konnte⁶.

In diesem inneren Gegensatz zwischen der gesetzten, teilweise «veralteten» Wirtschaftsverfassung und einer geschichtlich gewachsenen «neuen Wirtschaftsordnung» liegt jedoch weder ein neues, noch ein spezifisch schweizerisches Problem⁷. Und auch der Weg, den die verschiedenen Länder beim Versuch, diesen Gegensatz aufzulösen, beschreiten, ist im wesentlichen überall derselbe: Durch Auslegung⁸ und schliesslich durch Gesetzesrevision soll die Spannung aufgehoben werden⁹.

In der Schweiz war diese Spannung deswegen besonders fühlbar, weil Art. 31 BV als der positive Niederschlag der Ordnungsvorstellung, der in Auslegungsfragen eine bedeutsame Rolle spielt, bis zur Revision der Wirtschaftsartikel formal nie verändert wurde. Wir verstehen dies besser, sobald wir uns über die Tatsache klar werden, dass der Gesetzgeber

Unternehmens gegenüber den zugehörigen Sachgütern und gegenüber den Arbeitnehmern regelnde Recht». Vgl. auch *H. Huber*: Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 361, Anm. 44; *Haussmann*: KKW, S. 20, Anm. 14; *Renggli*: Artikel: Wirtschaftsrecht (in: Handbuch d. schweiz. Volkswirtschaft) II, S. 552 f.; *Molitor*: Staatslexikon VI, S. 1405.

⁵ So auch *Homburger*, S. XIX; *Böhm*: Ordnung der Wirtschaft, S. 64 ff.

⁶ *Max Weber*: (Grundriss der Sozialökonomie, III. Abt.: «Wirtschaft und Gesellschaft», S. 383), vertritt sogar die Meinung, dass man, ohne einen einzigen Paragraphen «unserer Gesetze» zu ändern, die herrschende Produktionsordnung in eine sozialistische verwandeln könnte.

⁷ Dazu auch *Ruppard*: Das Verfassungsfundament der schweizerischen Wirtschaftspolitik, 1942, S. 7.

⁸ Vgl. *Kaufmann*: Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweiz. Rechtsstaat (in: ZStGV 1949, S. 12), der auf einen Entscheid des obersten amerikanischen Gerichts vom März 1937 hinweist, durch den — unter dem Druck der öffentlichen Meinung — die interstate commerce clause durch Auslegung einen neuen Inhalt erhielt; dazu auch *Hug*: Der Abbau des amerikanischen Antitrustrechts (in: KR 1930, S. 1 ff.).

⁹ Es lassen sich dabei zwei Wege denken: Stetiges Anpassen der Verfassung an das veränderte Ordnungsgefüge, oder Schaffen einer wirksameren, jedoch gleich orientierten Wirtschaftsverfassung, um dem Wachstum der Wirtschaftsordnung besser entgegenzutreten zu können. Für die Gegenwart nimmt Eucken (Grundlagen, S. 371 f.) besonders die zweite Lösung in Aussicht. In Übereinstimmung damit bezeichnet auch die Botschaft des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel als Ziel der Revisionsarbeit, die von den Wirtschaftlern selbst geschaffenen «Ordnungsformen bewusst in die Wirtschaftsordnung (nach unserer Terminologie: Wirtschaftsverfassung, Verf.) einzubauen.»

mit dem Erlass des Art. 31 BV ein Doppeltes getan hat: Er hat einerseits — zusammen mit der Verwirklichung anderer naturrechtlicher Postulate — ein Individualrecht der freien wirtschaftlichen Betätigung gestaltet¹⁰, und auf der andern Seite hat er mit demselben gesetzgeberischen Akt die damalige Gesamtentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens schlagwortartig zusammengefasst: er hat in ihm auch das der Wirtschaftsverfassung zu Grunde liegende Ordnungsprinzip verankert¹¹. Eine zwingende Notwendigkeit diese beiden Gesichtspunkte in der Bundesverfassung im gleichen Artikel und mit denselben Worten zu positivieren, bestand dabei nicht. Es lässt sich im Gegenteil durchaus denken, dass man in einer ersten Verfassungsnorm die Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen im wirtschaftlichen Bereich festgelegt hätte, um dann in einer weiteren Norm das angestrebte Ordnungsgefüge zu umschreiben. Diese zweite Aufgabe hätte 1874 beispielsweise dadurch gelöst werden können, dass man allgemein «eine von obrigkeitlichen Eingriffen befreite Wettbewerbswirtschaft» gewährleistet hätte. Wir wiederholen: Es handelt sich bei dieser Umschreibung nicht um die konstituierende Festlegung einer bestimmten Wirtschaftsverfassung, sondern lediglich um ihre Bestätigung, ihre positive Verankerung, denn der Gesetzgeber kann die Wirtschaftsverfassung nicht durch eine Norm festlegen, sondern er gestaltet sie durch die Lösung einer Grosszahl von Einzelproblemen¹².

Es wird zwar bestritten, dass die Wirtschaftsverfassung und insbesondere deren Gesamtentscheidung in einer Norm der politischen Verfassung des Staates umschrieben werden könne; sie könne — so wird etwa gesagt — höchstens in der Verfassung vorausgesetzt sein¹³. Dieser Ansicht

¹⁰ Vgl. oben I. Kp. Dass man es ursprünglich nicht gestalten, sondern als von der Natur gegeben, nur «erklären» wollte, war nach der Positivierung irrelevant.

¹¹ Böhm (Wettbewerb und Monopolkampf, S. 107): Die Einführung des Systems der Gewerbefreiheit «bedeutet eine ‚Gesamtentscheidung‘ über Art und Form des wirtschaftlich-sozialen Kooperationsprozesses, in dem gleichen Sinne, wie Carl Schmitt die Staatsverfassung als eine Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit (Verfassungslehre, S. 20) bezeichnet».

Ähnlich auch Fleiner/Giacometti, S. 283: «Damit bildet der Grundsatz der HGF gemäss Art. 31, Abs. 1, Satz 1 BV den Ausdruck einer spezifischen Wirtschaftsordnungsvorstellung.» Die Wirtschaftsordnungsvorstellung entspricht dem von uns verwendeten Begriff der Wirtschaftsverfassung. Nach Homburger, S. 10, ist in Art. 31 BV der grundlegende Wirtschaftsordnungswille unserer Verfassung formuliert: «Er hat für die Wirtschaftsordnung in gewissem Sinne konstitutive Bedeutung.» Es handelt sich gewissermassen um das wirtschaftliche «Marschziel» der politischen Verfassung (Böhm: Ordnung der Wirtschaft, S. 60).

¹² Eucken (Grundlagen, S. 371): «Die wirtschaftspolitischen Einzelfragen... sind Teilfragen der grossen Frage, wie die wirtschaftliche Gesamtordnung zu gestalten sei.»

¹³ Haussmann: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 242. (Haussmann spricht hier von der Wirtschaftsordnung, doch versteht er darunter dasjenige, was wir mit Wirtschaftsverfassung bezeichnet haben.)

muss indessen entgegengehalten werden, dass solche Normen in verschiedenen Verfassungen bestehen¹⁴. Im Gegenteil: Jeder Staat muss die aus seiner Wirtschaftsverfassung fließende Gesamtentscheidung zwingend positivieren, denn «die einzelnen Rechtsgebiete — wie z. B. ... das Monopolrecht, das Arbeitsrecht, das Patentrecht ... — werden nach Inhalt und Auslegung von der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung wesentlich abhängen und werden sehr verschieden aussehen, je nachdem z. B. die Ordnungsprinzipien der Wettbewerbsordnung oder der Zentralverwaltungswirtschaft dominieren¹⁵.» Wo die Ordnungsvorstellung nicht ausdrücklich umschrieben ist, muss mithin — wie in unserem Fall — angenommen werden, dass der Gesetzgeber diese Entscheidung formal durch die konkrete Regelung der Zentralfrage Individuum — Gemeinschaft lösen wollte. Damit wird diese Norm Trägerin einer doppelten Funktion, in dem oben dargelegten Sinne.

Eine eindrückliche Bestätigung finden unsere Gedankengänge in einer heftigen Auseinandersetzung im Parlament anlässlich der Beratung über die neuen Wirtschaftsartikel, als es darum ging, die Stellung des neuen Artikels über die HGF dem Wohlfahrtsartikel¹⁶ gegenüber festzulegen. Diese Auseinandersetzung war nämlich nur dann sinnvoll, wenn man anerkennt, dass die Aufgabe des Art. 31 BV — zum mindesten teilweise — darin besteht, «Träger» jener Gesamtentscheidung zu sein. Wenn der Sprecher des Bundesrates ausführte, es sei rechtlich «irrelevant, ob der Grundsatz der HGF in Art. 31 an die Spitze gestellt wird oder ob er erst der Wohlfahrtsbestimmung nachfolgt»¹⁷ so betrifft dies offensichtlich nur die individualrechtliche Seite der HGF. Dagegen war die Frage der Stellung dort sehr wesentlich, wo es sich um den Ausdruck der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung handelt: Hier wurde von sozialistischer Seite mit allen Mitteln versucht, die HGF durch den Wohlfahrtsartikel zu ersetzen, d. h. an Stelle der grundsätzlich liberalen eine kollektivistisch orientierte Formulierung als Verankerung der — in sich nun tatsächlich gespaltenen¹⁸ — Ordnungsvorstellung durchzusetzen.

¹⁴ Besonders klar ist in dieser Beziehung Art. 151, Abs. 1, Satz 1 der deutschen Reichsverfassung von 1919; vgl. *Anschütz: Die Verfassung des deutschen Reiches*, 5. Auflage 1926; *Nipperdey: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* 1930, Bd. II.

¹⁵ *Eucken: Grundlagen*, S. 373.

¹⁶ Unter dem «Wohlfahrtsartikel» versteht man nicht, wie es früher bisweilen geschah, Art. 2 BV, sondern Art. 31 bis 1 BV, wonach der Bund unter gewissen Voraussetzungen befugt ist, «die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Massnahmen» zu treffen. Zu dieser Frage insbesondere: *Sten. Bullt.* NR 1945, S. 441 ff., und *Sten. Bullt.* StR 1945, S. 204 ff.; *Schürmann: Wirtschaftsartikel*, S. 2 f.; *Nef: Der richterliche Schutz der HGF*, S. 196 ff.; *derselbe* in: *SJK. Blatt «HGF»* V, S. 3.

¹⁷ Bundesrat *Stampfli* im Nationalrat (*Sten. Bullt.* NR 1945, S. 441 f.).

¹⁸ Vgl. *unten* S. 32 f.

Dies hätte — wie wir sehen werden — für die Auslegung aller Normen der Wirtschaftsverfassung eine bedeutsame Rolle gespielt¹⁹.

Kehren wir an den Ausgangspunkt dieses Kapitels zurück. Dort sahen wir, dass sich Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung bei der Gesamtrevision von 1874 im wesentlichen deckten, dass sich aber zwischen ihnen im Verlaufe der folgenden 70 Jahre eine immer grösser werdende Kluft auftrat²⁰. Wir haben das vor allem auf den verschiedenen intensiven und verschieden orientierten Entwicklungsvorgang der beiden zurückgeführt. Im Folgenden wird uns dieses Auseinanderbrechen von Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung als solches nicht mehr beschäftigen; zur Klärung der Begriffe war es jedoch notwendig darauf einzugehen.

2. Bedeutsam für das Folgende ist dagegen die Erkenntnis, dass sich auch die Wirtschaftsverfassung — schon lange vor der Revision der Wirtschaftsartikel — verändert hatte. Diese Tatsache wird oft übersehen, weil man sich nicht Rechenschaft darüber gibt, dass «diejenigen Grundsätze und Rechtsinstitute, welche die Wirtschaftsverfassung eines Staates ausmachen, nicht der Verfassungsurkunde zugehören brauchen²¹». So wurde der Wandel besonders durch die stets umfassender werdende Sozialgesetzgebung des Bundes und durch die — von der Idee des Gemeinwohls getragene — Ausdehnung der Gewerbepolizei²² bewirkt. Aber auch im Bereich des Privatrechts hat sich während dieser Zeit — vor allem durch die sogenannten allgemeinen Geschäftsbedingungen — ein «selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» ausgebildet²³, das sich nachhaltig auf die Wirtschaftsverfassung auswirkte.

Damit wurde die Entscheidung für eine freiheitliche Wirtschaftsordnung grundsätzlich nicht aufgegeben; allein, es liegt dennoch eine andere Ordnungsvorstellung der Wirtschaftsverfassung vor, als dies 1874 der Fall war.

¹⁹ Deshalb hat wohl auch die sozialdemokratische Fraktion in beiden Kammern in ihrer Schlusserklärung die Lösung der systematischen Frage ausdrücklich bedauert. Nicht einverstanden sind wir mit *Imboden* (HGF und schweiz. Wirtschaftsordnung, S. 97), der im Wohlfahrtsartikel nur eine Wiederholung von BV 2 sieht.

²⁰ Unter den vielen Hinweisen im schweiz. Schrifttum auf diese Tatsache vgl. besonders *H. Huber*: HGF; *Imboden*: HGF und schweiz. Wirtschaftsordnung, S. 76; *Renggli*: Recht auf HGF in der BV (in: Festschrift Schulthess).

²¹ *H. Huber*: Staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 361; vgl. auch *Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949), S. 329 ff.

²² Vgl. *Fleiner/Giacometti*: Bundesstaatsrecht, S. 277; *Roth* (in: Schweiz. Handelszeitung, 5. 6. 47).

²³ Dazu: *Grossmann-Doerth*: Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, S. 5 f.; *Eucken*: Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung (in: Ordo 1949), S. 68; *Böhm*: Ordnung der Wirtschaft, S. 157.

Wenn wir die Wirtschaftsverfassung — was nach dem Dargelegten gerechtfertigt erscheint — als ein System von Normen und Organen auffassen, zu dem erkenntnismässig Stellung zu nehmen ist, so sehen wir, dass es nicht nur zwei mögliche Wirtschaftsverfassungen gibt: Nur Staatswirtschaft und freie Wirtschaft, und ein *alterum non datur*. Diese beiden reinen Formen sind im Gegenteil nur als Gedankenmodelle, als die beiden Pole zu betrachten, innerhalb deren unbeschränkt viele Varianten möglicher Wirtschaftsverfassungen liegen, denn auch ganz untergeordnete Erlasse, Urteile etc. bilden konstitutive Elemente der Wirtschaftsverfassung²⁴. Unter diesem Gesichtspunkt muss man die dargestellte Veränderung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung als die zunehmende Entfernung vom Pol der reinen «freien Wirtschaft» charakterisieren. Dennoch blieb Art. 31 als positiver Ausdruck ihrer Gesamtentscheidung unverändert. Abgesehen von der Zurückhaltung des Gesetzgebers, die Verfassung zu verändern, erklärt sich dies vor allem aus der Tatsache, dass diese Norm technisch nicht sehr ausgeprägt war, so dass die von ihr gesetzten Grenzen lange nicht gesprengt wurden. Erst mit der Zeit wurde der Unterschied zwischen der 1874 gesetzten und der, durch die verschiedenen neuen, veränderten oder anders ausgelegten Rechtsnormen geschaffenen späteren Wirtschaftsverfassung zu gross, als dass die ursprüngliche «Verankerung» auch den neuen Inhalt in sich hätte auffangen können²⁵. Inzwischen wandelte sich nämlich der ursprünglich nicht umschriebene und nicht umschreibbare Freiheitsbegriff²⁶ zur «wahren Freiheit» und schliesslich zur «sozialen oder politischen Freiheit»²⁷.

²⁴ So bezeichnet z. B. *Feldmann* (KTM, S. 136) die damalige Wirtschaftsstruktur als eine «Stilmischung», die «schwer in eine der überlieferten wirtschaftlichen Kategorien einzureihen» sei. Vgl. auch *Imboden*: HGF und schweiz. Wirtschaftsordnung, S. 12; *Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949, S. 332), wobei er unter Wirtschaftsordnung das von uns als Wirtschaftsverfassung bezeichnete versteht. *Mahr* (Volkswirtschaftslehre, S. 18) spricht von zwei theoretischen «Grenzfällen», und *Marti* (die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 14 f.) weist nach, dass «in der Geschichte weder das System der Privatwirtschaft, noch das System der Staatswirtschaft je rein verwirklicht worden ist».

²⁵ Die Frage, die sich hier stellte, war demnach diejenige, ob die Gesamtheit jener Erlasse, Urteile, etc. die den Bereich der Wirtschaft erfassen und ordnen, und deren Gesamtheit wir oben als Wirtschaftsverfassung bezeichnet haben, weiterhin mit der positivierten Gesamtentscheidung übereinstimmen. Davon ist jene andere Frage, die sich *Feldmann* (KTM, S. 6) stellt, scharf zu trennen: ob «die heute tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse in der Gewährleistung der HGF ihren verfassungsrechtlichen Ausdruck» finden. Hier wird die Wirtschaftsordnung der Wirtschaftsverfassung gegenübergestellt, bei uns aber stehen sich Wirtschaftsverfassung und positive Form ihrer Gesamtentscheidung gegenüber.

²⁶ *Fleiner/Giacometti*: Bundesstaatsrecht, S. 243: «...denn eine inhaltlich präzierte Freiheit wäre begrenzt, und daher keine individuelle Freiheit im Sinne der Freiheitsrechte.» Vgl. auch *H. Huber*: Soziales Verfassungsrecht (in: Freiheit 1948, S. 157).

²⁷ Vgl. *Swisher*: The Growth of Constitutional Power, S. 185.

Genauer: Es entstand hier als neue Gesamtentscheidung die «sozial oder politisch beschränkte Freiheit»²⁸, welche in der 1874 gewählten liberalen Formulierung des Art. 31 BV nicht mehr verankert werden konnte.

Damit trat ein unsicherer Zustand ein, denn neben dem, durch die veränderte Wirtschaftsverfassung angestrebten Ordnungsgefüge, das erkenntnismässig festgestellt werden konnte aber nicht positiviert war, bestand eine Gesamtentscheidung, die wohl positiviert war, aber längst nicht mehr den realen Gegebenheiten entsprach.

Durch die Revision der Wirtschaftsartikel wurde diesem Zustand ein Ende gesetzt²⁹. Man formulierte den Art. 31 BV (als Verankerung der Wirtschaftsverfassung) neu, indem man ihn durch den Zusatz ergänzte: «... soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist»³⁰.» Darin liegt die grosse Bedeutung, die diesem scheinbar selbstverständlichen Zusatz — denn eine allgemeine Norm gilt immer nur, soweit sie nicht durch eine, dem gleichen Rechtssetzungskreis entspringende spezielle Norm eingeschränkt ist — zukommt³¹. Nur dank diesem Zusatz liegt in Art. 31 BV weiterhin jene Übersetzung der Gesamtentscheidung; nur in dieser Verbindung der grundsätzlichen Wirtschaftsfreiheit mit der grundsätzlichen Möglichkeit ihrer Einschränkung liegt die gemeinsame Formel der — entsprechend den weltanschaulich verschiedenen Quellen — sich oft widersprechenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Lebensäusserungen³².

²⁸ Treitschke: Die Freiheit (in: Historische und politische Aufsätze, 1867, Bd. I, S. 615).

²⁹ Dabei handelt es sich jedoch bloss um eine Seite dieser Revisionsarbeit; schon Bundesrat Stampfli hat darauf hingewiesen, dass «es sich nicht nur um die Legalisierung, bzw. Konstitutionalisierung des bisherigen Vorgehens» handle (zitiert nach schweiz. Gewerbezeitung 5. 4. 47).

³⁰ Vor der Revision der Wirtschaftsartikel waren im zweiten Absatz von Art. 31 verschiedene Ausnahmen aufgezählt. Der neue Zusatz stellt aber nicht bloss eine Verbesserung der bisherigen enumerativen Lösung dar, (diese Ansicht vertritt z. B. Schürmann: Bemerkungen zu den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 2 und Fleiner/Giacometti: Bundesstaatsrecht, S. 287, Anm. 38); in ihm findet vielmehr die neue Gesamtentscheidung der Wirtschaftsverfassung ihren Ausdruck. Rein technisch wäre dieser Zusatz nämlich nicht nötig; er fehlte deshalb auch in der ersten Formulierung, dem sog. «Bundesbeschluss über eine Revision der Wirtschaftsartikel» von 1939 (vgl. *Ergänzungsbotschaft*, S. 31).

³¹ Dagegen Nef: Der richterliche Schutz der HGF (in: Freiheit, S. 196): «Es kommt diesem Nebensatz schlechtweg keine juristische Bedeutung zu.» Ebenso Fleiner/Giacometti: Bundesstaatsrecht, S. 287. Nach Nef (in: SJK, Blatt HGF I S. 1) weicht der neue Art. 31 BV vom früheren «nur in redaktioneller Hinsicht» ab.

³² Nur auf diesem Wege war es möglich, die Aufgabe zu lösen, welche den Revisionsarbeiten gestellt war: «... einen Ausgleich zu finden zwischen dem Grundsatz des uneingeschränkten Wirtschaftsliberalismus und den sozialen und wirtschaftlichen Bestrebungen der Gegenwart.» (*Ergänzungsbotschaft* des Bundesrates, S. 8). Das bedeutet aber nicht, dass die Wirtschaftsartikel deswegen «eine Gesetzesvorlage darstellen, die alle Anzeichen eines faulen Kompromisses aufweist...» (Wochenbericht Baer & Co. 1947, Nr. 25, S. 3).

Die Tragweite dieser Veränderung ist die Folgende: Das Ordnungsgefüge der Wirtschaft baut nicht mehr auf der Freiheit «vom Staat», sondern jener «im Staat» auf. Das heisst, die Scheidungslinie zwischen staatlichen und andern Einwirkungen auf die Freiheit, wird verwischt. Schon bei der parlamentarischen Beratung sah man in dem erwähnten Zusatz allgemein eine Andeutung, «dass die ursprüngliche Starrheit des Grundsatzes der HGF bereits einigermaßen gebrochen sei»³³. Wo das Wohl des Einzelnen verstärkt aus dem Gedanken der Gemeinschaft verstanden wird³⁴, liegt es nahe, bei der Umschreibung der Wirtschaftsverfassung das fundamentale Verteilungsprinzip des liberalen Staates, d. h. die prinzipiell unbegrenzte Freiheitssphäre des Einzelnen und die prinzipiell begrenzten Befugnisse des Staates³⁵ aufzugeben.

Die Auswirkung dieser mehr ganzheitlichen Auffassung der Freiheit³⁶, die aus der neuen Formulierung spricht, ist bedeutend: denn Inhalt und Auslegung der einzelnen Rechtsgebiete wird, wie wir oben sahen, wesentlich von der positivierten Gesamtentscheidung beeinflusst.

Davon muss mit aller Deutlichkeit die Frage der Gesetzgebungskompetenz ausgeschieden werden. Für den Gesetzgeber fliesst aus dieser neuen Formulierung keine Kompetenz zu weiteren wirtschaftspolitischen Eingriffen, denn sonst würde die mit der Revision angestrebte «Neuordnung», d. h. die neue Umgrenzung der staatlichen Einflussphäre illusorisch. Auch wären jene Verfassungsartikel, die die möglichen Ausnahmen einzeln aufzählen, sinnlos, wenn der Gesetzgeber schon auf Grund einer solchen Blankettnorm tätig werden könnte³⁷.

³³ *Sten. Bullt.* NR 1945, S. 441.

³⁴ Vgl. *E. R. Huber*: Bedeutungswandel der Grundrechte (in: *Arch. für öffentliches R.*, Bd. 23, S. 355).

³⁵ *Schmitt*: Verfassungslehre, S. 158.

³⁶ In dieser Weise wird der Freiheitsbegriff auch in Amerika interpretiert. Vgl. *Lehner*: Die Kartellbestimmung (NZZ 13.2.38); ähnlich auch *Homburger*, S. 65: «Der ... einseitig individualistische Freiheitsbegriff, der für die positivrechtliche Umgrenzung der Privatautonomie massgebend ist, soll abgelöst werden durch einen «relativen» Freiheitsbegriff, der auf die Erfordernisse des Wirtschaftssystems Bezug nimmt (= relativ) und nicht nur gegen den Staat (einseitig) Front macht, sondern auch gegen die Wirtschaftssubjekte selbst.» Aus unserer Darstellung geht hervor, dass diese Bezugnahme, diese «Relativierung» bei der Revision der Wirtschaftsartikel durch die Beifügung des erwähnten Zusatzes stattfand.

Vgl. auch *H. Huber*: *GlV.* 195a, Anm. 489; *NZZ* 24.1.38. Die Frage wurde auch im Parlament diskutiert, im Anschluss an einen Antrag *Duttweiler*, der — von dieser Auffassung ausgehend — einen ausdrücklichen Schutz gegenüber monopolistischen Unternehmungen forderte. Die Gegner äusserten aber Bedenken gegen einen Wechsel zur umfassenderen Auslegung und sahen nicht, dass durch die Anpassung der Wirtschaftsverfassung an die Wirtschaftsordnung dieser «Wechsel» notwendigerweise schon vollzogen worden war. (Vgl. *Sten. Bullt.* NR 1938, S. 337, 342 f.).

³⁷ Vgl. *Homburger*, S. 95, sowie auch die Anträge von Handel und Industrie zur Revision der Wirtschaftsartikel (in: *Basler Nachrichten*, 30.1.1946). *Nef* (in: *SJK*

3. Völlig anders ist die Situation jedoch in dem Falle, wo Art. 31 BV den Umfang der wirtschaftlichen Betätigung des Einzelnen zu ordnen hat. In dieser Eigenschaft stellte er bei seinem Erlass ein typisch liberales Individualrecht dar³⁸. Daran hat auch die Revision der Wirtschaftsartikel, insbesondere die Ergänzung des Art. 31 BV durch den mehrmals zitierten Zusatz, nichts geändert. Allein, kann ein (notwendig absolutes)³⁹ Freiheitsrecht unter dem «ausdrücklichen Vorbehalt des, gemäss den organisatorischen Bestimmungen zustande gekommenen staatlichen Willens»⁴⁰ gewährt werden? Die Frage muss zweifelsohne verneint werden; sie ist in dieser Weise jedoch falsch gestellt, denn der Zusatz bezieht sich nur auf diejenige Funktion des Artikels, durch die der Gesamtentscheidung Ausdruck verliehen wird. Schon bei den Revisionsarbeiten wurde durch den Bundesrat und im Parlament mehrfach mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass sich der Individualrechtscharakter der HGF durch die neue Formulierung nicht geändert habe⁴¹, «... dass die HGF immer noch ein Individualrecht ist. Gegen gesetzliche Erlasse oder behördliche Entschiede der Kantone, die gegen den Grundsatz der HGF verstossen, kann der Rekurs an das Bundesgericht ergriffen werden... Auch der eidgenössische Gesetzgeber hat sich an den Grundsatz der HGF zu halten»⁴².

Dagegen bewirkt die aufgezeigte Veränderung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung auch an dieser Stelle einen gewissen Auslegungswandel: Die durch die mehr ganzheitliche Auffassung des Freiheitsbegriffes herbeigeführte Verwischung jener Grenzlinie zwischen staatlichen und privaten Interventionen, bedeutet für die individualrecht-

Blatt HGF I 9) spricht deshalb von einem «unechten Vorbehalt». Vgl. auch *denselben*: Der richterliche Schutz der HGF (in: «Freiheit»), S. 195 f.

³⁸ Über die Bedeutung des Individualrechtes vgl. *H. Huber*: GiV 62a ff.; *Homburger*, S. 78, und oben S. 9 ff.

³⁹ Vollständig ist zwar der Absolutheitsanspruch auch historisch bei keinem Individualrecht auf dem ganzen, sachlich möglichen Anwendungsgebiet durchgedrungen. Eine Ausnahme macht höchstens die Glaubensfreiheit, weil von ihr die Kulturfreiheit losgelöst war.

⁴⁰ *Schmitt*: Handbuch, S. 885.

⁴¹ *Botschaft zur Revision der Wirtschaftsartikel*, S. 9, 16 und *Ergänzungsbotschaft*, S. 8. *Sten. Bullt.* NR 1945, S. 453, 492.

⁴² Bundesrat *Stampfli*: *Sten. Bullt.* NR 1945, S. 513; vgl. auch *Schürmann*: *Bemerkungen*, S. 63.

Zudem erscheint es fraglich, ob auf die individualrechtliche Regelung — in der allgemein eine der wesentlichsten Grundlagen unseres Rechtssystems gesehen wird — im Rahmen einer Partialrevision hätte verzichtet werden können, oder ob damit nicht die Verfassung als Ganzes aufgegeben und durch eine neue ersetzt wäre, was der Gesetzgeber aber mit Nachdruck abgelehnt hat. Dazu *Bückling*: Die systematischen Grundlagen des subjektiven Rechts, S. 40 f.; *Haug*: Die Schranken der Verfassungsrevision (Diss. Zch. 1947); *Kägi*: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 152 ff.; *Haussmann*: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 248.

liche Garantie der HGF, dass sie nicht nur eine Schranke gegen staatliche Eingriffe darstellt, sondern, dass sie dem Gesetzgeber auch die Möglichkeit gibt, privaten Beschränkungen der Gewerbefreiheit entgegenzutreten⁴³.

Die Diskussion um diese Auslegungsfrage wird in der Schweiz schon längere Zeit geführt: man war sich dabei aber offensichtlich der grossen Bedeutung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung als Auslegungsgrundlage zu wenig bewusst. Weil man in Art. 31 BV nur ein Individualrecht, und nicht auch die Formulierung der Gesamtentscheidung gesehen hat, kam man nicht zu eindeutigen Schlüssen, so etwa wenn Gysin ausführte: «1. Art. 31 BV schützt die Privaten von sich aus nicht vor privater Monopolbildung, da er nur gegen Staatseingriffe gerichtet ist. Der Verfassungsartikel enthält kein positives Gebot zur Bekämpfung der Privatmonopole. 2. Art. 31 BV schützt die Monopolgebilde von sich aus nicht vor Eingriffen des Staates, da der Schutz dieses Artikels der Freiheit des Handels und der Gewerbe gewährt wird, nicht der Ausschluss solcher Freiheit aus ganzen Gewerbebezügen. Der Verfassungsartikel enthält kein negatives Verbot der Monopolbekämpfung⁴⁴.»

Gysin⁴⁵ folgerte aus dieser Überlegung, durch die Art. 31 gewissermassen weggewischt wird, dass ein Bundesgesetz über die Monopolkontrolle — auf der Grundlage des damaligen Art. 34ter BV — der HGF nicht widersprochen hätte. M. a. W.: Gysin wich dem unbefriedigenden Widerspruch zwischen der positivierten und der tatsächlichen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung dadurch aus, dass er Art. 31 BV als Auslegungsgrundlage ausschaltete und sich lediglich auf den sehr weiten Art. 34ter der alten BV stützte. Seine These entsprach damit zugegebenermassen den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens besser, als die auf der positivierten Gesamtentscheidung beruhende Ansicht des eidgenössischen Justizdepartementes, welches zur gleichen Zeit in einem Gutachten die Monopolorganisationen als die natürlichen Früchte der HGF wertete: «...denn sie sind nichts anderes als Erscheinungsformen des Konkurrenzkampfes, den die Verfassung gewährleistet»⁴⁶. Man ging hier

⁴³ Vgl. *Homburger*, S. 112.

⁴⁴ *Gysin*: Grundlinien des schweiz. Kartellrechts (in: ZsR nF Bd. 49, 1930, S. 428).

⁴⁵ *Gysin*, a. a. O. 429; vgl. auch *Huber*: HGF S. 20 und NZZ 9.10.48; *Ruck*: (in Freiheit, S. 82) wirft das Problem «ob es sinn- und zweckmässig ist, die Freiheitsrechte nur gegen die öffentliche Gewalt zu richten» auf.

⁴⁶ *Gutachten* der Justizabteilung an das Volkswirtschaftsdepartement 1927 (in: Verwaltungsentscheide 1927, S. 13 ff.). Ähnlich auch *Bundesblatt* 1887 II 687: «Die verfassungsmässige HGF soll in unbedingter Freiheit der wirtschaftlichen Konkurrenz sich äussern... ob die Ausübung für die einzelnen Individuen für sich allein oder in Verbänden, in dieser oder in jener numerischen oder ökonomischen Stärke...» Auch die Literatur nimmt fast durchgehend diesen Standpunkt ein:

— theoretisch durchaus richtig — vom Gedanken aus, dass in Art. 31 BV eine «rein negative Begrenzung der staatlichen Gewalt gegenüber einer bestimmten individuellen Freiheitssphäre»⁴⁷ niedergelegt sei; kam damit aber zu einem Ergebnis, das mit der faktisch stark veränderten Wirtschaftsverfassung nicht in Übereinstimmung gebracht werden konnte.

Erst durch die dargestellte neue Verankerung der Gesamtentscheidung, die den Gegensatz zwischen staatlichen und individuellen Einwirkungen auf die freie wirtschaftliche Betätigung vermindert, wird die Situation geklärt: Die neue Grundlage auf der die individualrechtliche Funktion des Art. 31 auszulegen ist, bewirkt, dass jede Hemmung des freien Spiels der Wirtschaft, unbesehen ihres Ursprungs, als Widerspruch zur HGF erscheint. Jedoch: Hier spielt die eingangs gezeigte Kombination im alten Gewerbefreiheitssatz von 1798⁴⁸ eine Rolle: Zur Beurteilung konkreter Tatbestände taugt Art. 31 BV weiterhin nur dann, wenn ein Eingriff seitens des Staates vorliegt, aber er enthält zugleich eine Kompetenz. mehr noch: eine Verpflichtung für den Gesetzgeber, die gesetzliche Möglichkeit zu schaffen, um auch den nicht-staatlichen Hemmungen der Konkurrenzfreiheit begegnen zu können.

Als Quelle solcher Hemmungen kommen in erster Linie Kartelle und «ähnliche Organisationen» in Frage. Die sich teilweise stark widersprechenden Definitionen der verschiedenen Konzentrationsformen stimmen nämlich insofern überein, als sie die Marktbeeinflussung, bzw. Marktherrschaft, also die Tendenz zur Beschränkung oder Aufhebung der Konkurrenzfreiheit, als ein wesentliches Merkmal bezeichnen⁴⁹. Dabei ist es bedeutungslos, ob diese Gebilde im konkreten Fall wirklich konkurrenzhemmend wirken oder nicht; das Unrecht der Hemmung entsteht «schon durch den blossen Umstand, dass sie die Möglichkeiten haben dies zu tun. Zum Rechtszustand wird gefordert, dass es nicht vom blossen guten Willen abhängt, ob die anderen zu ihrem Recht gelangen»⁵⁰.

Feldmann: KTM, S. 52 ff., 139; *Homburger*, S. 41 und dort zitierte Meinungen; *Zoelly*: Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, S. 28 f.; *Imboden*: HGF und Wirtschaftsordnung, S. 26 ff.

⁴⁷ *Fürstenberg*: Das Problem der Grundrechte, 1935, S. 39; *Federici*: Der deutsche Liberalismus, S. 258; *Böhm*: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe, S. 68. Von der gleichen Ansicht liessen sich auch die deutschen Gerichte bei der Auslegung der Gewerbefreiheit (§ 1 der Gewerbeordnung) im Hinblick auf die Kartellentwicklung leiten. Vgl. dazu *Brunn*: Grundzüge des Kartellrechts und die oben S. 14 zitierte Literatur.

⁴⁸ *Oben* S. 11.

⁴⁹ *Haussmann*: Wandel des internat. Kartellbegriffs, S. 30; *Feldmann*: KTM, S. 51; *Gysin*: Grundlinien des schweiz. Kartellrechts (in: ZsR, n.F., Bd 49, S. 373) fasst Kartelle, Konzerne und Trusts ebenfalls durch «das Moment der Beherrschung» zusammen; vgl. auch *Wolfers*: Deutsche Kartellliteratur, S. 38.

⁵⁰ *Nelson*: System der philosophischen Rechtslehre und Politik, S. 30.

Dies führt zwingend zum Schluss, dass — entsprechend der neuen Auslegungsgrundlage — dem Bundesgesetzgeber aus Art. 31 BV die Pflicht erwachsen würde, ein Antikartell-, bzw. Antimonopolgesetz zu erlassen⁵¹, und zwar ein solches der «echten und radikalen Art, die Monopole nicht toleriert und überwacht, sondern abschaffen will»⁵².

Allein hier hat der Verfassungsgesetzgeber bei der Revision der Wirtschaftsartikel durch den Erlass von Art. 31 bis III d BV eingegriffen: Wenn es das Gesamtinteresse rechtfertigt, so ist der Bund befugt, lediglich gegen die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen⁵³ Auswirkungen dieser Organisationen vorzugehen. M. a. W.: Wenn es das Gesamtinteresse rechtfertigt, kann der Bund trotz der grundsätzlich monopolprohibitiven Einstellung des Art. 31 BV darauf verzichten, die Kartelle und die ihnen verwandten Organisationen völlig zu verbieten⁵⁴.

Wir werden demnach unsere Betrachtungen über die verfassungsrechtlichen Grundlagen einer zu erlassenden schweizerischen Kartellgesetzgebung auf der folgenden gedanklichen Basis aufbauen: Grundsätzlich sind die Kartelle etc. widerrechtliche Erscheinungen; der Bund hat jedoch im Hinblick auf das Gesamtinteresse, die Kompetenz, sich die Erfahrung anderer Staaten, dass ein allgemeines Kartellgesetz wirtschaftlich nicht

⁵¹ Eine ausdrückliche Kompetenz zum Erlass eines solchen Gesetzes ist unter diesen Umständen nicht notwendig, denn der Schutz der in der BV garantierten Freiheitsrechte fällt notwendigerweise in die Kompetenz des Bundes; dagegen *Hel Fritz*: Allgemeines Staatsrecht, S. 69.

⁵² *Röpke*: Civitas humana 1944, S. 75. Auch *Giacometti*: Die HGF nach den neuen Wirtschaftsartikeln (in: Freiheit, S. 186), vertritt die Ansicht, dass auf Grund der BV — abgesehen vom Kartellabsatz — gegen die monopolistischen Erscheinungen in der Wirtschaft legiferiert werden kann. Als Grundlage betrachtet er aber die Vertragsfreiheit, die «als Mittel der HGF sinnvollerweise allein in dem Masse gewährleistet sein kann, als dies dem Schutz des Systems der freien Konkurrenz dient». Ähnlich hat schon *Nipperdey* in seinen Gutachten zum 35. deutschen Juristentag in Salzburg 1928 (vgl. *Verhandlungsbericht* dieser Tagung Bd 1) ausgeführt, dass die Vertragsfreiheit dem Einzelnen kein Recht gebe «die ihm günstigen Vertragsbedingungen unter allen Umständen zu erreichen»; trotzdem lehnt er es ab, eine Kartellgesetzgebung auf die Vertragsfreiheit zu stützen. Zum Verhältnis HGF — Vertragsfreiheit vgl. insbesondere *Homburger* und das dort zitierte Schrifttum; ferner *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 92 f; *Kestner-Lehmann*: Der Organisationszwang, S. 184 f.

H. Huber: Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit (in: NZZ 21.7.41) weist speziell auf den Unterschied zur amerikanischen Auffassung hin: Dort ist die Vertragsfreiheit ein absolutes Verfassungsrecht, bei uns aber ist sie nur ein relatives Recht. Trotzdem wäre es aber — wie *Huber* an anderer Stelle dartut (NZZ 9.10.48) — nicht richtig, wenn man das Verhältnis HGF — Verfassungsfreiheit auf das positive Recht reduzieren würde, so dass sich die einfache Gesetzesnorm (Vertragsfreiheit) der Verfassungsnorm (HGF) immer unterziehen müsste. Anderer Ansicht *Marti*: Handels- und Gewerbefreiheit, S. 76; *Bindschedler*: HGF und Vertragsfreiheit (in: SJZ 1942, S. 292 ff.).

⁵³ In Zukunft abgekürzt vss.

⁵⁴ Aus der Geschichte der Verfassungsrevision geht allerdings nicht klar her-

tragbar ist, zu Nutze zu machen. Er ist befugt — wie wir sehen werden, sogar verpflichtet — nur gegen ihre vss Auswirkungen vorzugehen, ohne die Kartelle und die ähnlichen Organisationen als solche grundsätzlich zu verbieten⁵⁵.

vor, ob der Gesetzgeber durch den Erlass des Art. 31 bis III d BV tatsächlich beabsichtigte, diesen Konzentrationstatbeständen einen solchen speziellen Schutz einzuräumen.

⁵⁵ Zur entgegengesetzten Auffassung kommt *Homburger*, S. 101: Darnach sind die Kartelle in Art. 31 grundsätzlich anerkannt, können aber durch Art. 31 bis III d eventuell (ganz) verboten werden.

II. Teil: Die Tragweite der Kartellbestimmung der neuen Wirtschaftsartikel (Art. 31 bis III d BV)

4. Kapitel *Vorbemerkungen*

Für die Behandlung der rein kartellrechtlichen Fragen, mit denen wir uns im Folgenden beschäftigen werden, war es notwendig, vorerst die Ausgangslage in ihren Grundzügen darzustellen. Die Forschung auf dem Gebiet des Kartellwesens ist nämlich übereinstimmend zum Ergebnis gekommen, dass es wohl gewisse allgemeingültige Richtlinien für die rechtliche Organisation dieses Gebietes gibt¹, dass es aber bei der Verschiedenheit der wirtschaftlichen Struktur der einzelnen Länder und bei der Vielfalt des Konzentrationsvorganges selbst, nicht möglich ist, ein überall gültiges Schema aufzustellen. Angesichts der Abhängigkeit von Ursache, Grad und Form der Kartellierung (im weitesten Sinne) von der besonderen Struktur der Wirtschaftsverfassung und der Wirtschaftsordnung, kann die geeignete rechtliche Behandlung dieses Gebietes nur aus der besondern Situation eines Staates und seiner Wirtschaft abgeleitet werden². Regelungen, die sich in einem Staat organisch in die bestehende Wirtschaftsverfassung eingliedern lassen, erweisen sich in einem andern als Prokrustesbett, und zerstören entweder das bestehende Ordnungsgefüge oder bleiben toter Buchstabe. Deshalb ist auch bei der Verwendung ausländischer Kartellnormen als Wegweiser für die Gestaltung einer schweizerischen Gesetzgebung, grosse Zurückhaltung am Platz³.

¹ *Hausmann*: Schicksalswende, S. 297, 367.

² So bezeichnet *Hausmann* (Wandel des internationalen Kartellbegriffs, S. 29) die Kartellierung als eine «institutionelle Wirtschaftseinrichtung». In: Schicksalswende, S. 301 und Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 79, spricht derselbe Autor von adäquaten und inadäquaten Mitteln der Kartellpolitik. *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 72, sagt, dass «die Beziehung zwischen Staat und Kartell... einerseits durch das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft, andererseits durch die Stellung des Kartells innerhalb des geltenden Wirtschaftssystems bedingt» sind. Vgl. dazu auch *Ruchti*: Artikel «Trust und Konzern» im Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft II, S. 430.

³ Dies gilt ganz besonders für die in den meisten Kartellrechtspublikationen zu findenden Hinweise auf das ältere amerikanische Antitrustrecht, denn dort war

Darauf ist schon bei der Lösung der verschiedenen Einzelfragen zu achten: Die Tauglichkeit des Kartellregisters, die Wirksamkeit der Inkriminierung gewisser Organisationen in der Presse, — um nur zwei Beispiele aus dem grossen Kreis der kartellrechtlichen Sonderprobleme zu nennen — ist von Land zu Land erneut abzuklären⁴. Ganz besonders aber gilt dies bei der Festlegung des Grundtatbestandes, d. h. bei der Umschreibung derjenigen Voraussetzungen, die nach der herrschenden Meinung das gesetzliche Eingreifen ermöglichen sollen. In unserem Falle handelt es sich dabei vor allem um die Klärung der Begriffe, aus denen der Kartellabsatz der BV zusammengesetzt ist. So werden wir im Folgenden zuerst versuchen, den Begriff der «Kartelle und ähnlicher Organisationen» abzuklären, um uns dann der Frage zuzuwenden, wann man von «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen» sprechen kann.

Eines möchten wir dabei hier schon festhalten: Es scheint uns wesentlich, dass man die beiden Begriffe als Teile eines einheitlichen Ganzen betrachtet; die Inhaltsbestimmung des einen wird diejenige des andern nachhaltig beeinflussen. Im Erkennen dieser gegenseitigen Abhängigkeit liegt die Grundvoraussetzung für die Verwirklichung jener Idee, der Art. 31 BV in gleichem Masse dient, wie der Kartellabsatz: Der Schaffung eines wirksamen und wirtschaftlich tragbaren «Kartell»-gesetzes.

Bevor wir uns der Analyse dieser beiden Begriffe zuwenden, ist es notwendig, eine grundsätzliche Frage abzuklären, die sich bei jeder Kartellgesetzgebung⁵ stellt, weil von deren Lösung die Entscheidung der gesetzgeberischen Einzelfragen wesentlich abhängt: Ist die Einstellung des Staates den Konzentrationserscheinungen gegenüber grundsätzlich positiv oder negativ⁶? Alle gesetzgeberischen Lösungsversuche im Gebiet des

die verfassungsrechtliche Situation eine grundsätzlich andere: Man übersieht oft, dass der Sherman-Act nur eine Gesetzgebung über Fragen des zwischenstaatlichen Handels darstellt, während die ganze übrige Anti-Trustgesetzgebung in die Kompetenz der einzelnen Gliedstaaten fiel. Grundsätzlich ist die Situation heute noch die gleiche, doch hat die Zentralgewalt seither auf dem Umweg über die verwaltungsmässige Kontrolle viel stärker in die Regelung dieser Materie einzugreifen vermocht. (Vgl. unten.)

⁴ Der grössere Teil der Kartellliteratur hat diesen verschiedenen Fragen kurze, meist nur summarische Betrachtungen gewidmet. Um zu neuen brauchbaren Ergebnissen zu kommen, wären mehrere Einzelstudien notwendig. Das würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

⁵ Wir fassen vorderhand den Ausdruck «Kartellgesetzgebung» in seinem weitesten Sinne auf, d. h. er soll hier jene Einheit von Tatbeständen umfassen, der einzelne Autoren mit einer «Monopolgesetzgebung» oder «Gesetzgebung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht» begegnen wollen.

⁶ Davon ist die Frage, ob sich der Staat den Kartellen gegenüber aktiv oder passiv verhalten, bzw. ob er eine öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Regelung treffen soll, zu scheiden. Darauf kommen wir später zurück.

Kartellwesens bauen auf der einen oder andern Möglichkeit auf. Entweder verhindert der Staat durch ein allgemeines Verbot, dass solche Erscheinungen entstehen, oder er gestattet grundsätzlich ihre Entstehung, unterstellt sie aber gewissen Regelungen, evtl. einer bestimmten Aufsicht⁷.

Die negative, meistens durch Normen des Strafrechts getroffene Ordnung ist die ältere⁸. Das berühmteste Beispiel ist wohl Art. 419 des französischen Strafgesetzbuches v. 1810, wonach jedermann mit Busse oder Gefängnis bestraft werden musste, der sich an gewissen typischen Kartellpraktiken beteiligte⁹. Aber auch in der Schweiz haben im Verlauf des letzten Jahrhunderts verschiedene Kantone strafrechtliche Bestimmungen erlassen, die materielles Kartellrecht darstellen¹⁰.

Zwar handelte es sich in diesen Fällen lediglich um isolierte Normen; von einer Ordnung des Kartellwesens, als Resultat einer bestimmten Kartellpolitik kann hier nicht gesprochen werden. Indessen finden wir unsere Feststellung auch dann bestätigt, wenn wir die Betrachtung auf jene Erlasse beschränken, die als Kartellgesetzgebungen im heutigen Sinne anzusprechen sind: Auch hier sind die ersten Verwirklichungen auf der negativen Idee des Kartellverbotes und damit zwingend auf strafrechtlichen Normen aufgebaut¹¹. Erst nach der Jahrhundertwende¹² finden wir

⁷ So auch *Clark* (Social control of business, S. 439): «Indirect control aims to keep alive the force of competition — while direct control would permit trusts and substitute government regulation for the force of competition as the means of insuring fair quality and fair price to consumers». Ebenso: *League of Nations*, Department of Economic Affairs: International Cartels (Lake Success 1947).

⁸ So forderte z. B. *Hilty* (in: politisches Jahrbuch 1903, S. 575 ff.) die Einführung von Zuchthausstrafen gegen diejenigen, die sich «zu Agenten und Beförderern solcher Unternehmungen hergeben»! (Gemeint sind die Trusts, wobei er den Begriff allerdings viel weiter fasst, als es heute üblich ist. Verf.) Dieser Auffassung liegt wohl eine ähnliche Beurteilung der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse zu Grunde, wie sie *Auspitz* vertreten hat: «dass die Beteiligung an einem Kartell eine, wenn auch noch so weit entfernte Ähnlichkeit mit der Beteiligung an einer Räuberbande hat». (Zitiert nach *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 98.) Neben vielen andern forderte auch *Keel* (Die industriellen und kommerziellen Ringe und Kartelle und ihre strafrechtliche Behandlung 1897, S. 130) einen strafrechtlichen Schutz vor diesen Organisationen.

⁹ Vgl. *Tapernoux*: Les Cartels, S. 127 ff.; *Homburger*, S. 45, Anm. 153.

¹⁰ So Zürich 1831, Bern 1846, Tessin 1816 und 1873. Vgl. dazu *Zoelly*: Rechtl. Behandlung, S. 30 ff.; *Tapernoux*: Les Cartels, S. 151 ff.; *Feldmann*: KTM, S. 66; *Zschokke* (in: KR, 1938, S. 261 ff.). *Schärer* (Die Natur des Kartellvertrages nach schweiz. Recht 1917, S. 19) weist auf den ersten Vorentwurf des schweiz. Strafgesetzbuches von 1894 hin, wonach für die Behinderung der HGF Gefängnis und Busse vorgesehen war.

¹¹ In diesem Sinne etwa die erste, überhaupt bekannte Kartellgesetzgebung, welche Kanada 1889 erliess; ebenso der Sherman act 1890. Vgl. *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 3 ff. und die dort zitierte Literatur. Dabei wäre es aber ein Irrtum anzunehmen, dass derartige wirtschaftliche Zusammenschlüsse vor dem Erlass dieser Sondergesetze völlig frei waren. Auch in Amerika unterstanden sie schon vor Erlass

konstruktive Gesetzgebungsversuche, in denen verwaltungsrechtliche, später zivilrechtliche Normen vorherrschen¹³.

Welche von diesen Lösungsmethoden zu den besten praktischen Erfolgen geführt hat, bzw. führt, ist umstritten, und auch von der jeweils vorherrschenden Meinung nicht zu allen Zeiten gleich beurteilt worden. Während in der kontinentalen Kartellliteratur bis zum zweiten Weltkrieg das grundsätzliche Verbot fast einstimmig abgelehnt wurde, hat nun in neuerer Zeit die «neoliberale Konkurrenztheorie... die Frage der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit dieser privaten Massnahmen grundsätzlich bejaht»¹⁴; d. h. sie erhebt im Prinzip die Forderung nach einem integralen Kartellverbot¹⁵. Auch in der amerikanischen Würdigung dieser Frage kann eine ähnliche Wandlung festgestellt werden. Während die Haltung ursprünglich grundsätzlich negativ war, verliess man seit der Clayton Act und der Federal Trade Commission Act von 1914 das prohibitive Antitrustrecht immer mehr¹⁶ und wechselte mit dem New Deal sogar zu einem ausgesprochen staatlich-prokartellistischen Zustand über¹⁷; aber schon 1938, und dann besonders nach dem zweiten Welt-

des Sherman act's einer gesetzlichen Regelung, genauer: Sie unterstanden dem Common Law, das aber in Anbetracht der allgemeinen Formulierung zu wenig wirksam war, und deshalb eine Sondergesetzgebung erforderlich machte, wobei allerdings gleichzeitig auch ein bundesstaatsrechtliches Moment, auf das wir oben verwiesen haben, eine Rolle spielte. Vgl. *Tapernoux*: Les Cartels, S. 157 f.; *Feldmann*: KTM, S. 114.

¹² *Schreier*: Aufgaben, S. 70.

¹³ Vgl. darüber Schlusskapitel.

¹⁴ *Homburger*, S. 109.

¹⁵ Auf die diesbezügliche Haltung von Prof. Böhm und seiner Freunde weist *Marbach*, W. und R., S. 219 hin. So z. B. *Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949), S. 357: «Ein Staat der seine Wettbewerbsordnung vor dem Zerfall bewahren will, muss deshalb bereits die Entstehung, nicht erst den Missbrauch, von wirtschaftlicher Macht bekämpfen.» In diesem Sinne soll auch der westdeutsche Wirtschaftsminister *Ehrhard* erklärt haben, «dass die Kartelle überlebt seien, und nur bei Grundstoffindustrien Ausnahmen erwogen werden könnten». (vgl. Bund, 18. 12. 49). Eindeutig in diese Richtung weist der offizielle Entwurf des Anti-Kartellgesetzes für Westdeutschland von 1950. Er sieht ein sehr weitgehendes Verbot aller Marktabreden vor, in welcher Form sie auch getroffen werden. (Bund, 18. 2. 50.)

¹⁶ Dazu *Hug*: Der Abbau des amerikanischen Antitrustrechts (in: KR 1930, S. 1 ff.). Eine vollständige Sammlung dieser Gesetze gibt *Lewis*: Antitrust Laws with Amendments 1946; vgl. ferner *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 27; *Notz*: Der gegenwärtige Stand der Trustfrage in den Vereinigten Staaten (in: KR 1928, S. 190 f.); *Feldmann*: KTM, S. 119.

¹⁷ Dazu *van Dam*: Preisunterbietungen, S. 14 f.; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 50; *Tschierschky*: Revision der amerikanischen Trustgesetzgebung (in: KR 1931, S. 768 f.). Andererseits weist *Haussmann* (KKW, S. 62) darauf hin, dass die New Deal-Erlasse «in erster Linie als Krisenbekämpfungsmassnahmen, nicht als weltanschauliche Umstellungen zu verstehen» seien. Die gegenwärtige Entwicklung scheint die Richtigkeit dieser Äusserung zu bestätigen.

krieg, trat wieder eine scharfe Wendung zur alten, unbedingten Antimonopolhaltung ein^{18 19}.

Im Grunde handelt es sich hier aber nicht um volkswirtschaftliche oder rechtliche Probleme, sondern um Fragen der Weltanschauung. Darüber haben wir hier nicht zu entscheiden. Unsere Aufgabe ist vielmehr die, auf Grund der verfassungsrechtlichen Situation zu erwägen, nach welchem dieser beiden Gesichtspunkte die schweizerische Lösung gestaltet werden muss.

Die Antwort ergibt sich aus der im vorhergehenden Kapitel dargelegten Aufgabe der Kartellbestimmung im Rahmen der Bundesverfassung. Dort sahen wir, dass Art. 31 bis III d BV eine Anweisung an den Gesetzgeber darstellt, das durch Art. 31 BV geforderte prohibitive Kartellgesetz durch ein nur überwachendes zu ersetzen. Mit andern Worten: Die Aufnahme des Kartellabsatzes in die Verfassung, d. h. die Existenz des Art. 31 bis III d BV erklärt sich geradezu aus der Entscheidung gegen eine negative Grundeinstellung.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Bund nach Art. 31 bis III BV im Sinne der lit. d, lediglich vorgehen «kann». Sobald feststeht, dass eine nur überwachende Regelung dem Gesamtinteresse²⁰ besser entspricht, «muss» der Bund im Sinne dieser Ziffer vorgehen. Es würde den Prinzipien einer gesunden Gesetzgebungspolitik widersprechen, wenn der Gesetzgeber zum Nachteil der Gesamtinteressen von einer ausdrücklichen Kompetenz nicht Gebrauch machen wollte.

Auch die Entstehungsgeschichte der Wirtschaftsartikel spricht unzweideutig für diese Lösung. Die in der bundesrätlichen Botschaft vertretene Meinung, wonach es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um

¹⁸ Vgl. *Schneeberger*: Das amerikanische Antitrustrecht in der Praxis (in: SJZ 1949, S. 17 ff.); *Haussmann*: Wandel des internationalen Kartellbegriffs S. 13 ff. So sollen in den letzten 6 Jahren allein 986 Anti-Trustklagen beim Justizdepartement eingereicht worden sein. (NZZ 25.12.49.) Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass diese Wandlungen zum Teil mit der Parteipolitik und insbesondere mit bevorstehenden Wahlen im Zusammenhang stehen.

¹⁹ Wir weisen in diesem Zusammenhang auf zwei neuere Verordnungen der Besatzungsmächte Deutschlands hin: Dort wurden im Februar 1948 in der englischen und der amerikanischen Zone Kartellverträge verboten, und bestehende für rechtsunwirksam erklärt. (Vgl. Ordo 1948, S. 98.) Dagegen unterscheidet — wohl dank der englischen Einstellung — die Welthandelscharta von Havanna v. 1948 zwischen tragbaren und untragbaren Zusammenschlüssen. Vgl. *Haussmann*: Internationale Kartelle und zwischenstaatliche Stapelgüterabkommen (in: Aussenwirtschaft, 1948, S. 243 ff.).

²⁰ *Giacometti*: Die IGF nach den neuen Wirtschaftsartikeln (in: Freiheit, S. 183).

eine Kontrolle der Kartelle²¹, ist bei den Beratungen von keiner Seite bestritten worden.

Schliesslich lässt auch der Wortlaut des Kartellabsatzes nur diese Lösung zu. Dies ist zwar bestritten: Die Kompetenz des Gesetzgebers, den Umfang der «schädlichen Auswirkungen» völlig frei zu bestimmen, umfasse auch die Möglichkeit, in der Existenz der Kartelle an sich, eine schädliche Auswirkung zu erblicken, und sie deshalb zu verbieten²². Allein, wenn eine bestimmte Gruppe von Wirkungen einer Tatsache hervorgehoben und als schädlich bezeichnet wird, liegt darin dann nicht die Behauptung, dass diese Tatsache auch nicht schädliche Wirkungen erzeugt? Ferner: Darf man dort, wo die Bekämpfung nur eines Teils der Auswirkungen gefordert (und erlaubt) ist, die Aufgabe dadurch lösen, dass man die Tatsache selbst aus der Welt schafft? Die Fragen stellen, heisst sie beantworten. Die Formulierung der Kartellbestimmung weist im Gegenteil darauf hin, dass Kartelle und ähnliche Organisationen nach unserer Verfassung grundsätzlich geduldet werden müssen. Eine völlig andere Frage ist dagegen jene, ob durch ein zu schaffendes Kartellgesetz die im konkreten Falle schädlich wirkenden Organisationen verboten werden dürfen oder nicht. Dies ist die Frage nach den Mitteln die der Gesetzgeber wählen darf oder soll, worauf wir im Schlusskapitel zurückkommen werden.

Diese Beurteilung der Konzentrationserscheinungen entspricht auch dem Forschungsergebnis der schweizerischen Preisbildungskommission²³,

²¹ *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel; ferner *Sten. Bullt.* StR 1945, S. 236; *Schürmann*: Bemerkungen zu den neuen Wirtschaftsartikeln S. 29; *Roth* (in: schweiz. Handelszeitung 5. 6. 47); *Nef* (in: SJK Blatt HGF V S. 8). Diese Haltung entspricht auch den Postulaten der schweiz. Kartellwissenschaftler, wie z. B. *Marbach*: KTS, S. 351: «In erster Linie wird man alle jene Tendenzen auszuschalten haben, die auf ein Kartell- oder Trustverbot hinauslaufen».

²² So *Homburger*, S. 103, 109; ähnlich auch *Giacometti*: Die HGF nach den neuen Wirtschaftsartikeln (in: *Freiheit*, S. 186. Anm. 47): «Trotz Anerkennung der Kartelle und ähnlicher Organisationen in der Verfassungsvorschrift, wäre somit auch das Verbot von Kartellen usw. zulässig, falls dies dem Gesetzgeber zur Bekämpfung schädlicher Wirkungen derartiger Organisationen notwendig erscheint.» Ebenso *Fleiner/Giacometti*: Bundesstaatsrecht, S. 292, Anm. 60. Diese Meinung geht wohl von der Auffassung aus, dass der einfache Gesetzgeber die schädlichen Auswirkungen des Konzentrationsprozesses, als eine der verschiedenen unerwünschten Erscheinungen der veränderten Wirtschaftsordnung zu bekämpfen habe. Unter diesen Umständen scheint es richtig, die Möglichkeit eines integralen Verbotes aus dem Kartellabsatz abzuleiten, denn die Kartelle, Trusts, etc. sind dann nur Fakten des Gesamtprozesses. Allein, der Verfassungsgeber hatte zweifellos diese einzelnen Erscheinungsformen als Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelungen im Auge; deshalb würde ein allgemeines Verbot seinen Intentionen widersprechen.

²³ Zur Preisbildungskommission: *Botschaft* des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung 1926 (S. 569) und 1936 (S. 230); ebenso *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 62, 185 f.; *Feldmann*: KTM, S. 143 f.; *Haussmann*: KKW S. 223, Anm. 350.

wie es in ihren Publikationen über die Enquêtes auf dem Gebiet der Kartelle und der kartellartigen Abmachungen in der schweiz. Wirtschaft, niedergelegt wurde. Darnach haben die Kartelle sogar in gewissen Fällen — ähnlich wie wir es oben gesehen haben — einen hervorragend positiven Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung ausgeübt, und üben ihn noch aus. Die Preisbildungskommission kommt damit im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen wie die Weltwirtschaftskonferenz von 1927, nach der solche Erscheinungen nicht nur für Produzenten oder Verbraucher, sondern auch für die Allgemeinheit unter Umständen einen Nutzen darstellen können²⁴.

Diese grundsätzliche Einstellung unserer Verfassung bedeutet für die technische Ausgestaltung einer Kartellgesetzgebung, dass sie nicht durch Normen des Strafrechts erfolgen kann. Zwar erheben sich vom Theoretischen her gegen diese Schlussfolgerung Bedenken: Strafnormen sollten, wie zivilrechtliche Nichtigkeitsbestimmungen nicht schlechthin ausgeschlossen werden, sondern sie sollten in Fällen besonders schädlicher Kartellmachenschaften ebenfalls zur Verfügung stehen. Wenn auch Art. 31 bis III d BV ein integrales Kartellverbot ausschliesst, so sei doch damit — wie wir auch oben sahen — noch nichts über die Mittel ausgesagt, die der Gesetzgeber wählen darf. Grundsätzlich ist diesen Erörterungen zuzustimmen. Allein, die Praxis beweist eindeutig, dass die Verwendung derartiger Mittel immer auf ein integrales Kartellverbot hindeutet, liegt ihnen doch notwendigerweise die Idee zu Grunde, dass wirtschaftliche Machtstellungen an sich etwas verwerfliches seien. Besonders deutlich kommt dies in dem erwähnten Gesetzesentwurf Prof. Böhms zum Ausdruck, der Begriffe verwendet wie: Machterschleichung,

²⁴ Zur Wirtschaftskonferenz von 1927, vgl. *Tätigkeitsbericht* des Völkerbundes 1927, Bd. VII, Nr. 5; gute Zusammenfassung bei *Feldmann*: KTM, S. 39 ff. Weniger optimistisch war die internationale Wirtschaftskonferenz von Rye-New York 1944, die zu folgendem Resultat kam: «There are two main opposing views: The view of those who hold that such agreements whether private or governmental: Limit trade; discourage competition; raise prices; retard development; prejudice national security and economy and, where they are between independent private parties, privately control the direction of trade. The view of those who hold that such agreements: Promote the exchange of technical information and patents; improve quality; lower costs and, by keeping supplies at a level which will satisfy and stimulate demand, maintain and increase employment; further peaceful relations in trade; enable living standards to be raised; open and expand markets in an orderly and progressive manner.» (Zitiert nach *Haussmann*: Int. Kart.-Begriff, S. 76.) Vgl. ferner *Schürmann*: Bemerkungen zu den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 30; *Gysin*: Grundlinien, S. 421, und *Hirsch*: Les monopoles nationaux et internationaux... 1926 (zitiert nach *Haus*, S. 27), die zu ähnlichen Resultaten kommen. «Les cartels et les trusts peuvent conduire au développement de la production et à la diminution des faux frais. Mais on ne saurait ici généraliser. Des formes d'ententes semblables peuvent avoir selon les cas... des effets diamétralement opposés tant sur le plan technique et commercial et social.» (*Hirsch*.)

marktwirtschaftliche Nötigung, etc.²⁵. Dazu kommt, dass die praktische Erfahrung auch deshalb gegen ein strafrechtliches Vorgehen spricht, weil «sich die Gerichte... nur in besonders krassen Fällen bei so dehnbaren wirtschaftlichen Tatbeständen und Grenzfällen... zur Verhängung von Strafen, insbesondere von Gefängnisstrafen entschliessen»²⁶.

Wenn wir deshalb im Folgenden für die schweizerische Lösung ein strafrechtliches Vorgehen ausschliessen, so fällt die Entscheidung über die technische Ausgestaltung der Kartellgesetzgebung mit der Frage zusammen, ob ein justizmässiges oder ein verwaltungsmässiges Verfahren getroffen werden soll; darauf werden wir am Schluss der Arbeit zurückkommen.

Die Stellung des Kartellabsatzes in der BV weist aber nicht nur auf den Ausschluss eines allgemeinen Kartellverbotes hin, sondern es kommt in ihr auch eine Schranke «nach oben» zum Ausdruck, d. h. die zu erlassende Kartellgesetzgebung darf nicht in der Form eines Zwangskartellierungsgesetzes ausgestaltet werden. Art. 31 bis III d BV beschränkt die gesetzgeberischen Massnahmen darauf, die aus gewissen kartelltypischen Auswirkungen fliessenden Schädigungen zu verunmöglichen, aber er gibt keine Kompetenzen zu konstruktiven, wirtschaftsfördernden Massnahmen²⁷. Von der Ordnungsmassnahme im Sinne von Ordnung — «Remedur» — schaffen, die dem Staat hier als Pflicht auferlegt ist, muss die Lenkungsmassnahme scharf geschieden werden.

Dies scheint selbstverständlich zu sein; und in der Tat ist, soweit wir sehen, der gegenteilige Standpunkt bis heute auch von keiner Seite vertreten worden. Allein, die Möglichkeit besteht, dass man später versuchen könnte — z. B. in Krisen²⁸ oder Kriegszeiten²⁹, die immer eine

²⁵ *Rittershausen*: Die Anti-Trustpolitik in Westdeutschland (in: NZZ 13. 8. 49).

²⁶ *Haussmann*: Schicksalswende, S. 305.

²⁷ Unsere Betrachtung beschränkt sich hier auf den Kartellabsatz. Dagegen bleibt es dem Bund vorbehalten, auf Grund anderer Normen der Wirtschaftsartikel, konstruktiv, ja konzentrationsfördernd zu wirken; wie er es z. B. vor der Revision der Wirtschaftsartikel in der Uhrenindustrie getan hat. Vgl. dazu *Geiser*: Die Rolle des Staates in der Reorganisation der schweiz. Uhrenindustrie (in: Die Schweizer Uhr 1942, Nr. 7, S. 14 ff.).

²⁸ Typisch in dieser Beziehung ist Amerika, das in der Kartellliteratur als das «kartellfeindlichste Land der Welt» geschildert wurde. Auch dort hat man die Wirtschaftskrise der 30er Jahre dadurch bekämpft, dass man die ganze Industrie mit einem System von (staatlich beeinflussten) Kartellen überzogen hat. Vgl. *Haussmann*: Wandel des internationalen Kartellbegriffs, S. 12, der von 570 Codes of Fair Competition mit preisregulierender Wirkung spricht. Zum Einfluss der Krise auf die (staatliche) Kartellierung und andere Zusammenschlüsse auch *Wolfers*: Kartellliteratur, S. 110 ff.

²⁹ Auch hier ist das amerikanische Beispiel besonders illustrativ: Auf Wunsch des Kriegsdepartementes wurden während dem letzten Krieg die Antitrustprozesse eingestellt und in gewissen Industrien sogar eine Zwangskonzentration durchgeführt. Vgl. neben der zitierten Literatur auch *Schneeberger*: Das amerikanische Antitrustrecht in der Praxis (in: ZSJ, 1949, S. 17).

gewisse Neigung zu Zusammenschlüssen zeigen — diesen Weg zu beschreiten, denn der Wortlaut des Kartellabsatzes schliesst dies nicht aus. Er äussert sich nicht darüber, wie der Gesetzgeber schädlichen Auswirkungen zu begegnen habe, so dass angesichts der Tatsache, dass Zwangszusammenschlüsse oft eine Rationalisierung der Betriebsführung ermöglichen³⁰, der Gedanke nahe liegt, die schädigenden Auswirkungen eines unvollständigen Kartells durch eine künstliche «Vervollständigung» auszumerzen.

Damit verwandt, aber nicht identisch, ist die andere Frage, ob der Staat auf Grund von Art. 31 bis III d BV in seinem Kampf gegen schädlich wirkende Konzentrationserscheinungen andere, weniger schädlich wirkende Konzentrationserscheinungen unterstützen darf. So hat z. B. die bisherige Entwicklung eindeutig gezeigt, dass die Beschränkung von Kartellen (im engeren Sinne) meistens die Trustbildung gefördert hat; ist es dann nicht angezeigt, in einem bestimmten Wirtschaftszweig, weniger schädlich wirkende Kartelle als Kampfmittel gegen die möglicherweise schädlichere Trustbildung zu verwenden³¹?

Es handelt sich hierbei um die Frage, ob es dem Gesetzgeber erlaubt sei, zwischen verschieden starker Schädlichkeit verschiedener Organisationen zu unterscheiden, und in der Folge die eine gegen die andere auszuspielen. Können zwei gleich organisierte und gleich wirkende Wirtschaftsgebilde, mit unmittelbar gleicher Zielsetzung verschieden beurteilt werden, weil in einem Falle die Schädlichkeit durch eine damit verhütete grössere Schädigung anderer Organisationen aufgewogen wird³²?

Die Frage ist eindeutig zu verneinen, denn ein solches Vorgehen

³⁰ Zum Verhältnis von wirtschaftlichen Zusammenschlüssen und Rationalisierung vor allem *Haus*: Cartels et rationalisation und die dort zitierten Autoren. S. 14 f. zeigt er, wie sehr sich die Staaten gerade während Kriegs- und Krisenzeiten dieser Rationalisierungsmethode bedient haben. Zu dieser Frage auch *NZZ* 12. 11. 41; 1., 27. und 30. 4. 42; 12. und 23. 5. 42. *Feldmann*: KTM, S. 22 f.; *Wolfers*: Kartellliteratur, S. 67 ff.; *Haussmann*: Schicksalswende, S. 143 f. Ferner beispielsweise eine amtliche Verlautbarung zum Kartellgesetz der südafrikanischen Union von 1926: «Die positiven Möglichkeiten des Zusammenschlusses, die in der Rationalisierung von Produkten und Vertrieb liegen, dürfen nicht verkannt werden, sondern bedürfen im Allgemeininteresse auf gewissen Industriegebieten sogar der Förderung» (zitiert nach *Eggmann*, S. 30).

³¹ *Isay* sagt in seinem Gutachten für den 35. deutschen Juristentag (in: Verhandlungsprotokoll, S. 720 f.), dass das «einzig wirksame Mittel gegen die Trustbildung die Kartellierung ist». Gleicher Ansicht *Lehnich*: Kartelle und Staat, S. 133; *Schreier*: Aufgaben, S. 68; *Steiger*: Trusts und Kartelle im Ausland und in der Schweiz, 1907, S. 12.

³² Diese Idee hat vermutlich *Gysin* vorgeschwebt, wenn er als Kennzeichen seines Kartellgesetzentwurfes anführt: «...dass mit dem Hauptziel der Kontrolle und Lockerung der Monopolpositionen die Möglichkeit staatlicher Verbandsstützungen in Spezialfällen verbunden wurde.» (*Gysin*, in: Gewerkschaftl. Rdsch. 1936, S. 267.)

müsste zwingend zu einer sehr weitgehenden staatlichen Wirtschaftslenkung führen. Obschon bei der parlamentarischen Ausarbeitung dazu nicht direkt Stellung genommen wurde, muss man auf Grund der allgemeinen Diskussion annehmen, dass man nicht beabsichtigte, mit der Kartellbestimmung eine Kompetenz zu aktiver Wirtschaftspolitik zu schaffen³³. Daran ändert auch die formale Stellung der Kartellbestimmung innerhalb der Wirtschaftsartikel nichts.

In diesem Zusammenhang sei kurz auf die viel diskutierte, systematische Frage verwiesen, d.h. diejenige der Eingliederung der Kartellbestimmung in Art. 31 bis III BV.

Wiederholt ist darauf hingewiesen worden³⁴, dass die Ziffer d des Art. 31 bis III BV an falscher Stelle stehe, denn aus ihr fliesse nicht — wie es bei den andern Ziffern der Fall ist — die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften, die eine Abweichung von der HGF bedeuten würden. Die HGF sei an sich schon kartellfeindlich³⁵. Letzteres ist nach der Wandlung der Gewerbefreiheit zur Konkurrenzfreiheit zweifellos richtig, aber gerade deshalb stellt das auf Grund der Kartellbestimmung erlassene Gesetz eine Ausnahme des Art. 31 BV dar: indem sich jenes nur gegen bestimmte Erscheinungen derartiger Zusammenschlüsse richtet, sanktio-

³³ Wir betrachten hier lediglich die Kartellbestimmung. Dagegen sei darauf hingewiesen, dass die Bundesverfassung in Art. 31 bis IV BV den Schutz bestimmter Wirtschaftszweige oder Berufe davon abhängig macht, dass diese gewisse Selbsthilfemassnahmen treffen — worunter auch der kartellmässige Zusammenschluss verstanden sein kann. Gleicher Ansicht *Marti*: Die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 176: «Unter Umständen kann ein Abschluss eines Kartellvertrages zu den Selbsthilfemassnahmen gehören...»

Wenn nun dieser Schutz teilweise gegen die Vertristung gerichtet ist (siehe oben S. 47) so bedeutet das nichts anderes, als dass der Verfassungsgesetzgeber hier die eine Konzentrationsform gegen die andere auszuspielen gedenkt. Dies entspricht zweifellos einer praktischen Notwendigkeit. Vgl. etwa *Koechlin*: HGF nach Vorschlägen der begutachtenden Kommission, S. 33: «Ich halte dafür, dass verschiedene Zweige unserer Wirtschaft kaum mehr konkurrenzfähig werden, wenn sie nicht unter Zurückstellung persönlicher Interessen weitgehende Vereinbarungen unter sich treffen.» Indirekt kann darin ebenfalls eine Massnahme gegen schädliche Auswirkungen einer «kartellartigen» Organisation liegen. Aber der Ausgangspunkt ist ganz anders gelagert, so dass solche Massnahmen von denjenigen der eigentlichen Kartellgesetzgebung im Sinne des Kartellabsatzes scharf zu scheiden sind.

³⁴ So *H. Huber* (in: NZZ 9. 10. 48): «Dass die neuen Wirtschaftsartikel die zu erlassenden Bestimmungen über die Bekämpfung von Missbräuchen im Kartellwesen unter den Abweichungen von der Gewerbefreiheit anführen, ist meines Erachtens bloss eine irreführende gesetzgeberische Einordnung.»

³⁵ Vgl. *Fleiner/Giacometti*: Bundesstaatsrecht, S. 286: «Beschränkungen der Privatautonomie zum Schutz des Systems des freien Wettbewerbs sind mit der HGF vereinbar, so z. B. Massnahmen gegen Preisbildungsabreden.» *Daselbst* (S. 292) bejaht er die Zulässigkeit solcher Eingriffe auf Grund von Art. 64 BV. Wir haben uns oben schon damit befasst. Würde man von Art. 64 BV ausgehen, so hätte das für die Ausgestaltung der Kartellgesetzgebung gewaltige Folgen.

niert es — wie wir oben sahen in Abweichung von der HGF — diese wirtschaftlichen Organisationen an sich.

Dagegen fällt die Ziffer d in anderer Beziehung aus dem Rahmen des Art. 31 bis III BV. Einmal ist sie — bei aller Unbestimmtheit — wesentlich konkreter als die andern Bestimmungen. Während diese nur eine vage Zielsetzung normieren, wie z. B. «die Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige» oder «Schutz wirtschaftlich bedrohter Landesteile», schreibt die Kartellbestimmung den Weg, den der intervenierende Staat zu beschreiten hat, vor. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber in allen andern Fällen die Möglichkeit erhält, aktiv, schöpferisch einzugreifen, während seine Tätigkeit im Falle des Kartells — wir wiesen bereits darauf hin — nur eine negative, abwehrende ist. Schärfer und überspitzt formuliert: Alle andern Bestimmungen stellen die Grundlage zu bestimmten, wirtschaftspolitischen Interventionen dar, die Kartellbestimmung aber gibt als einzige keine Kompetenz zu einer interventionistischen Wirtschaftspolitik, sondern nur zu einigen polizeimässigen Eingriffen. Während die Einschränkung der HGF in den andern Fällen nicht nur zur Bekämpfung von Auswüchsen, sondern auch zur Durchführung einer konstruktiven Wirtschaftspolitik erfolgen darf, ist sie im Absatz d strikte an die eine Aufgabe gebunden. Diese eindeutige Sonderstellung der Kartellbestimmung spricht aber nicht grundsätzlich gegen ihre Einordnung an dieser Stelle der Wirtschaftsartikel³⁶.

Indessen lässt ein anderes Moment die Zulässigkeit dieser Einordnung fragwürdig erscheinen: Während in allen andern Fällen dieses Verfassungsabsatzes (a—c und e) der Staat unter dem Zwang bestimmter Sonderinteressen³⁷ tätig wird, handelt er bei der Kartellbestimmung im unmittelbaren Interesse der gesamten Wirtschaft. Dort ist die Einschränkung, dass er nur handeln dürfe, sofern «das Gesamtinteresse es rechtfertigt» sinnvoll, weil tatsächlich das Gesamtinteresse und ein Sonderinteresse einander entgegenstehen. Hier ist sie es nicht, denn der Kampf gegen vss Auswirkungen geschieht immer unmittelbar im Hinblick auf das Gesamtinteresse³⁸, und ist deshalb von diesem aus gesehen in jedem Fall gerechtfertigt.

³⁶ Auf eine andere Sonderstellung des Kartellabsatzes im Rahmen des Art. 31 bis III BV weist *Béguin* (in: schweiz. Blätter für Handel und Industrie, 31. 10. 37, S. 152) hin: «Während es sich in allen andern Fällen um eine Konstitutionalisierung solcher Kompetenzen handelt, die sich die Bundesbehörden mit der Zeit angeeignet hatten, wurde mit dem Kartellabsatz etwas völlig neues geschaffen.» Dieser Hinweis ist richtig, aber auch er spricht nicht gegen die Systematik des Art. 31 bis BV.

³⁷ D. h. das Interesse besonderer Wirtschaftszweige oder Berufe eines besonderen Standes und einer besonderen Art des Besitzes, besonderer Landesteile, und schliesslich einer besonderen Zeit.

³⁸ Wir werden unten sehen, dass die Kartellgesetzgebung nicht den einzelnen Wirtschaftler ins Zentrum stellt.

Immerhin sei darauf hingewiesen, dass man die Bedeutung der Frage, ob der Kartellabsatz im Verfassungstext formell richtig eingeordnet sei, nicht überschätzen darf. Die Beziehung zu Art. 31 BV ist dermassen stark, dass die nur formmässige Bindung mit den andern Bestimmungen des Art. 31 bis III BV nicht ins Gewicht fällt.

Abschnitt A: Grundtatbestand

5. Kapitel

Kartelle und ähnliche Organisationen

Die Unsicherheit, die für die rechtliche Behandlung der Kartellfrage in der Schweiz kennzeichnend ist, erklärt sich zum grossen Teil daraus, dass diese verschiedenen, aus dem Wirtschaftsprozess herausgewachsenen Konzentrationserscheinungen, als solche niemals Gegenstand einer rechtlichen Regelung waren. Wenn wir die bestehende Wirtschaftsverfassung unter diesem Gesichtspunkt durchgehen, so finden wir — rein formal — weder das Wort «Kartell», noch Ausdrücke wie «Trust» oder «Konzern», um typische Vertreter der «ähnlichen Organisationen» zu erwähnen¹. Eine Ausnahme davon macht nur der in Diskussion stehende Kartellabsatz der BV und das Krisen- und Kriegsnotrecht, welches wir aber, im Hinblick auf die ausserordentlichen Umstände, denen es seine Entstehung verdankt, hier nicht in die Betrachtung einschliessen². Ebenso verwendet

¹ Definitionen von Kartell, Trust und Konzern finden sich in fast jeder Arbeit über wirtschaftl. Zusammenschlüsse. Die Begriffsbildung auf diesem Gebiet ist ausserordentlich vielfältig und deshalb oft widersprechend und unklar. Zusammenstellungen solcher Definitionen bei *Tschierschky*: Der Begriff «Kartell und Trust» (in: KR 1905 und 1906); *Werr*: Internat. Wirtschaftszusammenschlüsse, S. 1—67; *Wolfers*: Das Kartellproblem im Licht der deutschen Kartellliteratur, S. 14 ff.; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 72 ff. Wir werden unten sehen, dass der Definitionsfrage bei der Erfassung des Kartellabsatzes keine Bedeutung zukommt. Der Vollständigkeit halber legen wir hier die nationalökonomischen Begriffe fest, wie wir sie im folgenden verstehen werden:

Kartell (im engeren Sinn): «Freie Vereinbarung zwischen grundsätzlich selbstständig bleibenden Unternehmungen derselben Art, um (mittels monopolistischer Beherrschung des Marktes), Profiterhaltung oder Profitvermehrung zu erzielen.» (Nach *Marbach*: KTS, S. 97.)

Kartell (im weiteren, populären Sinne): Alle Unternehmungen (oder Gruppen solcher), die Kraft ihrer wirtschaftlichen Machtstellung, den Markt beeinflussen.

Konzern: «Zusammenfassung rechtlich selbstständig bleibender Unternehmungen zu einer Einheit in produktionstechnischer, verwaltungstechnischer, kommerzieller und namentlich finanzieller Hinsicht. (Nach *Liefmann*: KKT., S. 275.)

Trusts: «Finanzielle und unternehmungsweise Zusammenfassung mehrerer Unternehmungen unter Aufgabe ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit zu einem neuen, selbständigen Gesamtunternehmen soziologisch gleichartiger oder herrschaftlicher Struktur.» (Nach *Klug*, zitiert bei *Haussmann*: Schicksalswende, S. 100.)

das Bundesgericht seit längerer Zeit den Begriff «Kartell»; doch kann seine Auffassung in Anbetracht der Stellung die den Gerichten bei uns zukommt, für die Ausgestaltung des neu zu schaffenden Kartell-Rechtsbegriffes bloss wëgweisend sein.

Diese Tatsache erklärt sich aus der grundsätzlich passiven Haltung die unsere Rechtsordnung bis zur Revision der Wirtschaftsartikel diesen Tatbeständen gegenüber eingenommen hat. Der Gesetzgeber beurteilte solche Wirtschaftszusammenschlüsse nie im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Sonderstellung, so dass er dem Konzentrationsprozess weder verbietend, noch ordnend oder fördernd³ entgegen treten konnte.

Er beschränkte seine Tätigkeit völlig auf die Schaffung der bekannten Rechtsformen des Zivil- oder Handelsrechts und betrachtete im folgenden alle wirtschaftlichen Zusammenschlüsse ausschliesslich als einfache Gesellschaft, als GmbH., etc.⁴. Darin liegt zwar an sich noch kein Beweis seiner passiven Einstellung, denn das Kartellproblem kann — entgegen einer weit verbreiteten Meinung — nicht dadurch gelöst werden, dass der Gesetzgeber eine bestimmte, für Kartelle geeignete Organisationsform schaffe. Eine solche könnte nur dann lebensfähig sein, wenn das Assoziationsbedürfnis der wirtschaftenden Menschen bestimmten, allgemein gültigen Wünschen dienen würde. Nun zeigt aber die Praxis, dass, je nach den besonderen Umständen, nach der Art des verfolgten Zweckes, der Persönlichkeit des einzelnen Wirtschafters⁵, etc., diese Bedürfnisse sehr verschieden sind: hier wird eine engere, dort eine losere, bald eine kapitalistische, bald eine personalistische Bindung angestrebt⁶. Tatsächlich beweisen denn auch die Erfahrungen verschiedener Gesetzgebungsversuche, dass es unmöglich ist, die Kartellerscheinungen (im weitesten Sinn) begrifflich durch die Umschreibung einer bestimmten

² Z. B. *Bundesbeschluss* betr. Überwachung von Warenpreisen, vom 20. 6. 36, Art. 1 III und die daraus resultierende *Verordnung des Bundesrates* vom 29. 6. 36, Art. 1 Ziff. 3.

³ Dazu *Tapernoux*: *Les Cartels*, S. 24 ff.

⁴ *Flechtheim* (Die rechtliche Ordnung der Kartelle, S. 4): «Der Jurist würde nur dann Anlass und das Recht haben, einen spezifischen Begriff ‚Kartell‘ aufzustellen, wenn es Rechtssätze gäbe, die gerade auf den Begriff ‚Kartell‘ gemünzt wären, wenn es sich also fragte, ob gewisse Normen auf eine konkrete wirtschaftliche Erscheinung... anzuwenden sind.» Vgl. auch *Callmann*: Bericht über die 38. Tagung der International Law Association in Budapest, 1934 (in: KR 1934, S. 579 f.).

⁵ *Mislin* (Der zulässige Umfang der kartellrechtlichen Bindung, S. 11 f.) bezeichnet auch allgemein politische Überlegungen für die Wahl der rechtlichen Organisationsform von Kartellen als ausschlaggebend. Als ein von der Persönlichkeit zu trennendes Sondermoment trifft das u. E. wohl nur in Ausnahmefällen zu.

⁶ Vgl. *Schreier*: Aufgaben, S. 118. Eine glänzende Systematik der Unternehmenszusammenfassung unter diesen verschiedenen Gesichtspunkten findet sich bei *Haussmann*: Schicksalswende, S. 88 ff.

Organisationsform zu erfassen⁷. Angesichts der ausserordentlichen Vieltätigkeit der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse, erschienen diese Gebilde auch in den Staaten mit aktiver Kartellpolitik von jeher bei ihrer formellen Würdigung nicht als «Kartell» oder «ähnliche Organisationen», sondern als Vertrag, als GmbH., etc.

So liegt es nahe, im «Kartell» einen rein wirtschaftlichen, und nur als wirtschaftlich denkbaren, Begriff zu sehen⁸. Von dieser Annahme geht offensichtlich Flechtheim aus, der darauf hinweist, dass in der Kartellfrage «die Mitarbeit des Juristen, gerade wegen des falschen Ausgangspunktes einen besonderen juristischen Kartellbegriff aufstellen zu müssen, viel Verwirrung erzeugt hat»⁹! Andererseits ist aber eine Lösung des Kartellproblems, wie sie der Kartellbestimmung der BV vorschwebt, nur dann denkbar, wenn es dem Juristen gelingt, die Begriffe, mit denen die Nationalökonomie arbeitet, in die Sprache des Rechts und damit der Gesetzgebung zu übersetzen¹⁰.

Somit ist auch vom Postulat einer wirksamen Kartellrechtspolitik aus nichts dagegen einzuwenden, dass alle jene wirtschaftlichen Erscheinungen, welche der Nationalökonom «Kartell» nennt — und bei den «ähnlichen Organisationen» verhält es sich völlig gleich — die der Wirtschaftsgesetzgebung aber unbekannt sind, sich in Organisationsformen kleiden müssen, die nicht speziell für sie geschaffen wurden. Wenn man mit Gysin annimmt, dass «die Kartelle... nach schweizerischem Recht grundsätzlich als Gesellschaften (bzw. Korporationen) anzusehen sind»¹¹, so ist es leicht verständlich, weshalb in der schweiz. Kartellliteratur Erörterungen über die Frage der Eignung der einfachen Gesellschaft, der Genossenschaft, der GmbH., zum Teil auch des Idealvereins¹² bzw. die

⁷ Vgl. Köppel: Zur Frage der Organisationsform und Vertretung der Kartelle (in KR 1941, S. 305). Gysin: Grundlinien, S. 378: «Nirgends, auch nicht in Ländern mit Kartellspezialgesetzen, hat sich ein Rechtsgeschäft entwickelt, welches als eigenartige Rechtsform der Kartelle bezeichnet werden könnte.»

⁸ Vgl. Isay: Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht, S. 57 (zitiert nach Tapernoux); ähnlich auch bei Callmann in seinem Bericht über die 38. Tagung der International Law Association von 1934 (in: KR 1934, S. 581 f.).

⁹ Flechtheim: Die rechtliche Organisation der Kartelle, S. 5; vgl. auch Eggmann (Staat und Kartelle, S. 110): «Wo sich Legaldefinitionen des Kartells oder des Monopols in Kartellgesetzen finden, werden sie der sozialökonomischen Begriffsbestimmung meist nicht gerecht und erschweren damit die sinngemässe Anwendung des Gesetzes, statt sie zu erleichtern.»

¹⁰ Haussmann: Konzerne und Kartelle im Zeichen der Wirtschaftslenkung, S. 19; ähnlich Homburger, S. 102, Anm. 295.

¹¹ Gysin: Grundlinien, S. 378.

¹² Vgl. Flechtheim: Die rechtliche Organisation der Kartelle, S. 143 f.; Tapernoux: Les Cartels, S. 204 ff.; Gysin: Grundlinien des schweiz. Kartellrechts, S. 386 ff.; Schärer: Die Natur des Kartellvertrages, S. 62 ff.; Zoelly: Rechtliche Behandlung der Kartelle, S. 56 ff.; Wieland: Aus dem schweiz. Kartellrecht (in: ZsR, nF Bd. 40, S. 75 ff.). Zur Frage des Idealvereins, dessen Eignung als Boden der Kartell-

Kombination dieser Formen als sog. Doppelgesellschaft¹³ einen so breiten Raum einnehmen. Nehmen wir noch, wie es der Verfassungsgesetzgeber mit dem Begriff der «ähnlichen Organisationen» getan hat, die übrigen Tatbestände des Konzentrationsprozesses dazu, so ist eine weitere Organisationsform in die Betrachtung einzuschliessen: Hier begegnen wir vielen Tatbeständen, die nicht auf einem Gesellschaftsvertrag, sondern auf einem synallagmatischen Vertrag aufgebaut sind¹⁴.

Massgeblich bei der Auswahl der einen oder andern Form ist im konkreten Falle vornehmlich die Frage der Publizität, des möglichen Umfanges der organisatorischen Bindung und das mit der Publizitätsfrage teilweise zusammenfallende Problem, wie man sich am besten der staatlichen Einflussnahme entziehe. Es liegt jedoch nicht in der Linie dieser Arbeit den Weg zu suchen, auf dem diese Ziele am besten verwirklicht werden könnten, umso mehr, als es zweifellos Fälle gibt, deren Zielsetzung so gelagert ist, dass sich jede Organisationsmöglichkeit des Zivil- oder Handelsrechts als Prokrustesbett erweist. Zoelly¹⁵ vertrat sogar die Meinung, dass sich im schweiz. Recht überhaupt keine Form vorfinde, die für die Verwirklichung der Kartellbestrebungen geeignet sei.

Auf die Ausdehnung der Kartelle in der schweizerischen Wirtschaft hat der Mangel an geeigneten Organisationsformen indessen keinen nennenswerten Einfluss ausüben können, denn Kartelle und ähnliche Organisationen existieren nicht, wie Lütischg annimmt¹⁶, entweder nach einer bestimmten positiven Norm, oder dann gar nicht. Wir haben oben schon gesehen, dass die Quellen der Konzentrationsvorgänge ausserhalb des staat-

bildung bestritten ist, vgl. ausserdem *Lütischg*: Fragen des internationalen Kartellrechts, S. 34 und das dort zitierte Urteil BGE 62 II 34; *Grischott*: Die Entwicklung des Kartellrechts in der Schweiz, S. 43 f. Ferner: «Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken» (in: NZZ 22.2.45); «Kartelle in der Krise» (in: gewerkschaftliche Rundschau 1937, S. 345): «...es ist in der Schweiz üblich geworden, auf den Kartellvertrag zu verzichten und die losere Form des Vereins als Zwischenglied einzuschalten. Die Mitglieder innerhalb des Vereins unterzeichnen einen Privatvertrag mit dem Vereinsvorstand, der inhaltlich für alle gleich lautet, formell aber einen Individualvertrag darstellt.» Soweit wir sehen können, handelt es sich bei diesem Vorgehen aber um eine ziemlich seltene Ausnahme.

¹³ Dazu *Naegeli*: Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und andern Unternehmungszusammenschlüsse nach deutschem und schweiz. Recht, Bd. 1 und 2; *Gysin*: Grundlinien, S. 398 ff.; *Tapernoux*: Les Cartels, S. 228.

¹⁴ *Tapernoux*: Les Cartels, S. 205.

¹⁵ *Zoelly*: Die rechtliche Behandlung der Kartelle, S. 201. Diese Publikation stammt aus dem Jahre 1917. Inzwischen wurde als neue Rechtsform die GmbH. eingeführt, wobei man sich weitgehend gerade von den Bedürfnissen der Kartellentwicklung leiten liess. (Vgl. *Guhl*: Das schweiz. Obligationenrecht 3. Auflage, S. 497.) Statistische Untersuchungen haben aber nachgewiesen, dass bei der Gründung von Kartellen nur wenig von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird.

¹⁶ *Lütischg*: Internationales Kartellrecht, S. 9.

lichen Einflusses liegen, d. h. der Gesetzgeber kann die Bildung der Kartelle «nicht durch ein einfaches Ignorieren verhindern»¹⁷. Mit der Formulierung «es kartelliert»¹⁸ ist diese Tatsache plastisch umschrieben worden.

Aus dieser Formulierung wird jedoch ein Weiteres, nicht minder Bedeutungsvolles klar:

Sie zeigt, dass die Existenz der Kartelle kausal erklärt werden kann. Dieses «naturwissenschaftliche» Vorgehen ist typisch für die Nationalökonomie¹⁹, die sich sagt — und es im Tatsächlichen vielfach bestätigt findet — dass die Entwicklung zum Grossbetrieb, der Zusammenschluss von Einzelunternehmen notwendigerweise zu neuen wirtschaftlichen Formen führen musste. Dringt sie dann ordnend und messend in das Gebiet dieser neuen Formen vor, so zeigt es sich, dass diese — da es sich um Zweckorganisationen handelt — nach ihrem verschiedenen inneren Aufbau²⁰, systematisch gruppiert werden können, wobei — nach einer Konvention — die eine Gruppe «Kartellgruppe», die andere «Trustgruppe» etc. genannt wird. Um bei der Vielfältigkeit der Konzentrationserscheinungen diese Gruppeneinteilung und damit eine brauchbare Begriffsbildung überhaupt vornehmen zu können, ist es notwendig, dass man von den empirisch gegebenen Tatbeständen zu den Idealtypen vordringt. Deshalb ist die ökonomische «Kartell»-Begriffsbildung, wie Max Weber allgemein gezeigt hat, Idealtypenbildung²¹, das heisst, sie gewinnt den Ausgangspunkt «durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluss einer Fülle von difus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht vorhandener Einzel-

¹⁷ *Mislin*: Umfang der kartellrechtlichen Bindung, S. 20 f.; vgl. auch *Friedländer*: Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne, S. 12; *Tapernoux*: Les Cartels, S. 24; *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel, S. 17: «Man mag diese Entwicklung — der fortschreitenden Durchorganisation der Wirtschaft mit den Mitteln des Privatrechts — bedauern oder begrüßen, Tatsache ist jedenfalls, dass sie sich durchgesetzt hat und dass die Gesetzgebung sie nicht übergehen kann.»

¹⁸ *Marbach*: Über die Kartelle und die Kartellierung in der Schweiz, S. 14: «Die Kartelle sind nicht gemachte Institutionen, sie sind Produkte der Entwicklung... es kartelliert.» *Passow* nennt die Kartelle ganz ähnlich «ein organisch gewachsenes Glied unseres heutigen Wirtschaftssystems» (vgl. KR 1940, S. 129 ff). *Marbach*: KTS, S. 351: «zwangsläufige Entwicklung... nicht geschaffene, sondern gewordene Gebilde».

¹⁹ Vgl. auch *Böhler* (Grundlehren, S. 13): «Das Ziel des Nachdenkens über die Wirtschaft ist das Verständnis der realen Wirtschaft und die Ableitung ihrer Veränderungen aus dem menschlichen Verhalten, den sachlichen Gegebenheiten und den Grundlagen der gesellschaftlichen Organisation.»

²⁰ So der Zusammenschluss unter Wahrung der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Glieder; die vollständige kapitalmässige Vereinigung; der Zusammenschluss mit teilweisem Verzicht auf die rechtliche Autonomie, etc.

²¹ Zur Frage der ökonomischen Begriffsbildung vgl. *Liefmann*: Zur Systematik wirtschaftlicher Machtstellungen (in: KR 1928, S. 389).

erscheinungen, die sich jenen einseitig hervorgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankengebilde»²². Damit ist es der Nationalökonomie möglich, von der *Struktur* dieser Erscheinungen ausgehend, den Konzentrationstatbestand begrifflich zu erfassen.

Ganz anders aber verhält es sich in der Jurisprudenz, wo Tatbestände geschaffen und gegeneinander abgegrenzt werden müssen, weil daran gewisse Rechtsfolgen geknüpft werden sollen. Es kann sich hier indessen nicht darum handeln, den Gegensatz zwischen der juristischen und der nationalökonomischen Begriffsbildung darzulegen²³. Für unsern Versuch, denjenigen Kartellbegriff zu erfassen, der der Kartellbestimmung zu Grunde liegt, ist dieser Hinweis aber in bestimmter Hinsicht wesentlich:

Der vor der Nationalökonomie ausgearbeitete, ganz auf dem inneren Strukturmoment beruhende idealtypische Begriff des «Kartells», des «Trusts», etc. kann als begriffliche Grundlage für die rechtliche Organisation dieses Gebietes nicht verwendet werden, weil er als Idealbegriff für die juristische Beurteilung des Einzelfalls, den man oft nur aus seinen speziellen Verhältnissen werten kann, zu wenig präzise ist, und zudem auf der andern Seite nicht verunmöglicht, dass den Bestimmungen dieser Regelung durch blosse Formveränderung ausgewichen werden kann. Wollte man aber ohne Idealtypenbildung an das strukturelle Moment dieser Erscheinungen anknüpfen, dann müsste man, wie es Schreier²⁴ von der Kartelljurisprudenz fordert, «eine Topik der Kartellvertragsformen... entwerfen, also nicht bloss die Kartellvertragstypen... beschreiben, die... empirisch gegeben sind, sondern auch die möglichen Formen... entwickeln». Im Rahmen eines Kartellgesetzes ist die Verwirklichung einer solchen Anforderung aber offensichtlich unmöglich.

Wenn es indessen nicht möglich ist, die wirtschaftlichen Konzentrationserscheinungen auf Grund ihres spezifischen inneren Aufbaues begrifflich zu erfassen, und wenn andererseits auch keine typischen Rechtsformen denkbar sind, so bleibt für den Gesetzgeber nach dem Sinne der Verfassungsbestimmung immer noch ein dritter Weg offen: Er schafft einen materiellen Kartellbegriff, indem er ein besonderes Ziel oder eine besondere Wirkung zum Kriterium macht.

Aus praktischen Erwägungen fällt wohl jener Lösungsversuch, welcher

²² Max Weber: Gesammelte Aufsätze 1922, S. 189 ff., 275 ff. (zitiert nach Eucken: Grundlagen, S. 418). Vgl. auch Eucken daselbst, S. 68 f.; ähnlich auch Böhler (Grundlehren, S. 13), wonach mit der nationalökonomischen Arbeitsweise ein «vereinfachtes Gedankenmodell der Wirtschaft» entwickelt werde.

²³ Dazu Schreier: Aufgaben, S. 65 f.; derselbe: Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, S. 51 ff.; Mislin: Zulässiger Umfang der kartellrechtlichen Bindung, S. 5: «Der wirtschaftliche und der juristische Kartellbegriff decken sich nicht.» Vgl. ferner Gysin: Grundlagen, S. 366, Anm. 6a.

²⁴ Schreier: Aufgaben, S. 65.

auf ein spezifisches Ziel abstellt, ausser Betracht²⁵. Der Gruppierung nach gemeinsamen Zielen solcher Organisationen steht in erster Linie die Tatsache entgegen, dass man bis heute nicht einmal in der Theorie die dem Konzentrationsprozess zu Grunde liegenden Ziele ihrem Wesen nach einheitlich charakterisieren konnte. Aber selbst wenn man annimmt, dass sich der Gesetzgeber zu einer Formulierung entschliessen könnte, bliebe die Frage, wie im konkreten Falle das Vorhandensein des Zieles zu ermitteln wäre, noch offen²⁶. Auf die vertragliche Umschreibung — wo eine solche überhaupt vorhanden ist — kann man aus naheliegenden Gründen nicht abstellen, denn der Fall des Zürcher Zündholzsyndikates von 1862, das in seinen Statuten ganz offen als Zweck die Erlangung möglichst hoher Preise bezeichnete, dürfte zu den Ausnahmen gehören²⁷! Schliesslich kommt noch die Komplikation dazu, dass bei den wirtschaftlichen Organisationen fast immer ein Vorzweck und ein Endzweck unterschieden werden muss, wobei der Vorzweck je nach dem als Mittel zur Erfüllung des Endzweckes betrachtet wird²⁸. Mit welchen Schwierigkeiten es verbunden ist, sich in diesen Fragen auf das entscheidende Kriterium zu einigen, zeigt die Diskussion um den Zweck des Kartells im engeren Sinne. Die einzige Möglichkeit auf diesem Weg zu einer Lösung zu kommen, liegt darin, auf Grund bestimmter Wirkungen auf die Existenz bestimmter Ziele zu schliessen²⁹, doch ist dann nicht einzusehen, weshalb man nicht auf die Wirkung als solche abstellt.

Deshalb scheint es uns, dass die Kartellgesetzgebung de lege ferenda auf eine bestimmte Wirkung abstellen muss. Wir sind zu diesem Resultat durch ein Ausscheidungsverfahren gekommen, so dass nun zu prüfen ist, ob eine solche Lösung tatsächlich den Intentionen der Verfassung entspricht. Der Wortlaut des Kartellabsatzes, der von «schädigenden Auswirkungen» spricht, scheint diesen Weg selbst zu weisen.

²⁵ Laband: Staatsrecht des deutschen Reiches, I. S. 67, 71: «Der Zweck, welchem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffs.» Ferner: Bascho: Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweiz. Recht 1946, S. 39; Wolfers: Kartellliteratur, S. 55 ff.

²⁶ Etwas anderes ist es, den Zweck einer einzelnen Kartellhandlung nachzuweisen; wir kommen darauf später zurück.

²⁷ Vgl. Zoelly: Rechtliche Behandlung der Kartelle, S. 32.

²⁸ Vgl. Klug (Das Wesen der Konzern-, Kartell- und Trustgesetzgebung, S. 53): «Zweck ist die Erhaltung, bzw. die Erhöhung des Ertrages, das Monopol nur Mittel»; denselben Standpunkt vertritt er in: Kritisches zum Kartellproblem (in: KR 1930, S. 617 ff.), wonach «dieses Mittel (Monopol) der von jedem Wirtschaftssubjekt zu erstrebende umfassendste Vorzweck, aber nicht der einzige sei»! Auch unten S. 89, Anm. 22.

²⁹ Liefmann: Zur Systematik wirtschaftlicher Machtstellungen, (in: KR 1928, S. 389 ff.): «Den Zweck kann man aber der äusseren Form einer wirtschaftlichen Vereinigung regelmässig nicht ansehen, er ergibt sich erst aus der Wirkung.»

Allein, auf diesen Ausdruck können wir nicht abstellen: Wir haben im 3. Kapitel gesehen, dass das Moment der Auswirkungen hier nur im Zusammenhang mit der Frage des Ausmasses staatlicher Eingriffe bedeutsam ist.

Der Verfassungstext selbst gibt keine Anhaltspunkte dafür, was der Gesetzgeber als typisches Moment des Kartells betrachtet hat, d. h. worauf er die «Ähnlichkeit» der andern, dem Gesetz zu unterstellenden Organisationen bezog. Dagegen beweist die Geschichte der Kartellbestimmung eindeutig, dass man in den vorbereitenden Kommissionen und im Parlament bei der Begriffsbildung vom Moment der Wirkung ausging.

Weder in den Kommissionen noch im Parlament — soweit aus den Protokollen ersichtlich ist — hat man bei der Ähnlichkeit je auf das strukturelle Element abgestellt³⁰, in dem Sinne beispielsweise, dass unter den «ähnlichen Organisationen» solche wirtschaftliche Zusammenschlüsse zu verstehen seien, denen lediglich das Erfordernis der Schriftlichkeit ihrer Abmachungen fehle, um Kartell (im engeren Sinne) zu sein³¹. Im Gegenteil: Schon in seiner Botschaft vom 10. 9. 37 hat der Bundesrat darauf hingewiesen, dass der Ausdruck «Kartell» sehr unbestimmt sei, weshalb er es vorziehe, von «Kartellen und ähnlichen Organisationen» zu sprechen, denn nur so werde es möglich sein, alle jene Gebilde zu erfassen, die einen ähnlichen Zweck verfolgen³². In voller Übereinstimmung damit hat auch der Vertreter des Volkswirtschaftsdepartementes in einer Sitzung der nationalrätlichen Kommission zur Differenzenbereinigung dargelegt, dass die Preisbildungskommission jene Organisationen von Unternehmern als kartellähnlich betrachte, bei denen «Massnahmen getroffen werden, welche indirekt zu einer das freie Spiel der Kräfte einengenden Bindung führen»³³.

Bedeutsam ist diese Frage vor allem im Falle der Trusts, denn bei nationalökonomischer Betrachtungsweise, bilden Kartelle (im engeren Sinn) und Trusts, keine «ähnlichen Organisationen». Da hier die Begriffsbildung auf das strukturelle Moment abstellt und somit die Formulierung der Kartellbestimmung sinngemäss als «Kartelle und ähnlich kon-

³⁰ Sonst hätte man wohl von «Kartellen und ähnlichen Bindungen» gesprochen, wie z. B. *Max Weber* in: *Ende des Kapitalismus* 1929, S. 40.

³¹ Z. B. gentleman agreements oder Empfehlungen. Zur Behandlung des gentleman agreement im alten deutschen Kartellrecht, vgl. *Köppel*: Zur Frage des Kartellbegriffs (in: KR 1940, S. 209).

³² *Botschaft zur Revision der Wirtschaftsartikel*, S. 57.

³³ *Protokollnotizen* der Sitzung der nationalrätlichen Kommission zur Differenzenbereinigung vom 27. 3. 39.

struierte Organisationen» aufgefasst werden muss, fallen nach ihr die Trusts nicht in den Anwendungsbereich dieser Sondergesetzgebung³⁴.

Gegen eine solche Interpretation spricht aber eindeutig die Entwicklungsgeschichte dieser Bestimmung. Schon der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Revision der Wirtschaftsartikel die Trusts ausdrücklich als unter den Kartellbegriff fallend bezeichnet³⁵. Wir wollen hier etwas ausführlicher auf die Entstehungsgeschichte des Kartellabsatzes eingehen, umso mehr, als aus ihr auch wesentliche Anhaltspunkte für die Bestimmung der vss Auswirkungen, denen wir uns später zuwenden werden, gewonnen werden können³⁶.

Vorher sei in Erinnerung gerufen, dass die Idee der Bekämpfung von Konzentrationserscheinungen in der Schweiz auch im Parlament nicht erst bei der Revision der Wirtschaftsartikel aufgetaucht ist. Sie hatte dieses schon früher bei der Behandlung von Motionen und Interpellationen wiederholt beschäftigt³⁷, wobei folgende Begriffe verwendet wurden: «Ring- und Kartellbildung», bzw. «Ringe und Kartelle», bzw. «Ring- und Kartellwesen»³⁸, «neue Organisationsformen unserer Wirtschaft (Zu-

³⁴ Vgl. *Marti* (Die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 175), der die Trusts vom Kartellabsatz ausschliesst, weil er als Kriterium der «ähnlichen Organisation» den Zusammenschluss (im technischen Sinne) betrachtet.

Für einen solchen Ausschluss spricht scheinbar auch der Umstand, dass sich der Bundesrat noch kurz vor Beginn der Revision der Wirtschaftsartikel ausdrücklich gegen eine Trustgesetzgebung ausgesprochen hat. Vgl. *Botschaft zum Volksbegehren zur Bekämpfung der wirtsch. Krise und Not*, Bbl. 1935 I, S. 327: «Eigentliche rein schweizerische Trusts gibt es wenige... Dagegen haben wir viele Niederlagen von ausländischen Trustgesellschaften, die bei uns Domizil gesucht haben... Sollen auch diese Gesellschaften 'kontrolliert' werden, dann werden sie einfach auswandern, und die Initiative würde nur den Zweck erreicht haben, dass der Schweiz Steuerkapital verloren gehe.» Immerhin: Gegen jede Trustregelung werden sich fiskalische Bedenken erheben!

³⁵ *Botschaft zur Revision der Wirtschaftsartikel 1937*, S. 37. Denselben Standpunkt nimmt der Bundesrat auch 9 Jahre später ein, indem er im «Bericht über das Volksbegehren betr. Wirtschaftsreform und Recht der Arbeit» 1946 ausführt: «Durch die Annahme der Wirtschaftsartikel erhält der Bund die Kompetenz gegen Kartelle und ähnliche Organisationen, worunter trustartige Zusammenschlüsse zu verstehen, ...»

³⁶ Der Wert der Entstehungsgeschichte für die Auslegung einer Rechtsnorm ist zwar umstritten; bei der wenig präzisen Formulierung der Wirtschaftsartikel trägt sie aber zweifellos viel zur Klärung bei. In diesem Sinne auch *Schürmann*: (Bemerkungen, S. 10): «Die Entstehungsgeschichte, soweit sie aus den parlamentarischen Verhandlungen ersichtlich ist, hat die Bedeutung und Tragweite (der einzelnen Normen, Verf.) scheinbar geklärt, der Wortlaut und die juristische Interpretation lassen zum Mindesten die Möglichkeit eines andern Schlusses und einer andern Auffassung zu.» Vgl. auch *Fleiner/Giacometti*: Bundesstaatsrecht, S. 294.

³⁷ Vgl. *Schwill*: Wirtschaftspolitische Begehren betr. Einschränkung der HGF 1934, S. 34 ff.; auch *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 61 und die dort zitierten Gutachten, Eingaben und Resolutionen von wirtschaftlichen und politischen Verbänden; ebenfalls *Feldmann*: KTM, S. 139, Anm. 235.

³⁸ Interpellation *Grimm*, behandelt am 14. 6. 27.

sammenschlüsse usw.)»³⁹, «des Kartell- und Trustwesens»⁴⁰, «Regelung der Kartelle»⁴¹. Schliesslich wurde der Bund in der Kriseninitiative aufgefordert, Massnahmen zu treffen über «die Kontrolle der Kartelle und Trusts»⁴². Sicher hatten schon diese Vorschläge die begriffliche Festlegung des Kartellabsatzes beeinflusst; seine eigentliche Geschichte beginnt aber erst mit den Vorarbeiten für die Revision der Wirtschaftsartikel, die in den Händen einer «begutachtenden Kommission für Wirtschaftsgesetzgebung» lag. Hier beschäftigte sich vor allem die 4. Unterkommission, die die juristische und politische Lösung der verschiedenen Postulate auszuarbeiten hatte, mit der Kartellfrage. Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild:

«die Ordnung des Kartell- und Trustwesens» (Antrag in der 4. Unterkommission)⁴³

«Über Kartelle und Trusts» (Schlussformulierung dieser Kommission)⁴⁴

«Zur Bekämpfung von Missbräuchen im Kartellwesen» (Antrag in der Plenarkommission)⁴⁵

«Über Kartelle und ähnliche Organisationen» (Formulierung der Plenarkommission und Antrag des Bundesrates)⁴⁶

«Gegen volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen des Kartellwesens» (Antrag der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission)⁴⁷.

«Über das Kartellwesen» (Antrag der Minderheit der nationalrätlichen Kommission)⁴⁸

«Gegen vss Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen» (Fassung des Ständerates, endgültiger Text der Volksabstimmung)⁴⁹

³⁹ Interpellation *Brügger*, do.

⁴⁰ » *Schmid-Zch.*, do. (vgl. zu 38.—40. NZZ 20.6.27)

⁴¹ Motion *Feldmann* vom 23.12.36, zitiert in der *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel, S. 56.

⁴² «Initiative zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Krise und Not» von 1934; in seiner *Botschaft* zum Preisüberwachungsgesetz (Bbl. 1937 I 550) spricht der Bundesrat schon von «vollwirtschaftsschädigender Kartellpraxis».

⁴³ *Protokollnotizen* der IV. Unterkommission, Sitzung vom 20.4.37.

⁴⁴ *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel, Anhang, S. 120, (frz. Text: «Sur les cartels et les trusts»).

⁴⁵ *Protokollnotizen* der Plenarkommission. Ähnlich lautete der Antrag des schweiz. Handels- und Industrievereins und des Zentralverbandes der Arbeitgeber-Organisationen vom 21.1.38: «gegen Misstände im Kartellwesen».

⁴⁶ Bbl. 1937 II S. 954 und *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsartikel, S. 60; frz. Text: «...les cartels et groupements analogues».

⁴⁷ *Sten. Bullt.* NR 1938, S. 354.

⁴⁸ *Sten. Bullt.* NR 1938, S. 274.

⁴⁹ *Sten. Bullt.* StR 1939, S. 385; NR 1939, S. 531. Während der zweiten parla-

«Pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social des cartels et des groupements analogues»⁵⁰

Analysiert man dieses Begriffsschema im Hinblick auf die Frage, ob der Trust (im Sinne der Nationalökonomie), unter den Ausdruck «Kartelle und ähnliche Organisationen» falle, so kommt man zu einer eindeutigen Bejahung. Soweit aus den Sitzungsprotokollen ersichtlich ist, hat niemand durch die Einführung neuer Formulierungen beabsichtigt, den Anwendungsbereich des zu schaffenden Gesetzes neu abzugrenzen⁵¹. Dieser war im Gegenteil — wie wir sehen werden — gefühlsmässig von Anfang an ziemlich einheitlich vorhanden, so dass hier nur eine möglichst klare, bzw. referendumpolitisch «zügige» Ausdrucksweise (einer gegebenen Grösse) gesucht wurde⁵². In diesem Sinne wurde in der Plenarkommission beantragt, den Begriff «Trust» wegzulassen, weil «er nicht scharf definierbar sei», während ein Gegenantrag auf Beibehaltung, mit dem Hinweis auf die Volksabstimmung motiviert wurde⁵³.

In gleicher Weise wurde im Nationalrat schon die Fassung «Kartellwesen» damit motiviert, dass dies der «umfassendere Begriff» sei, wobei — in Übereinstimmung mit der zitierten Stelle der bundesrätlichen Botschaft — hinzugefügt wurde, «dass unter Kartellwesen insbesondere ganz eindeutig auch die Trusts zu verstehen seien»⁵⁴.

Alle diese Äusserungen beruhen letztlich — in mehr oder weniger aus-

mentarischen Beratung dieser Revisionsvorlage 1945, wurde beim Kartellabsatz lediglich seine Ziffer abgeändert (vorher c, jetzt d).

⁵⁰ *Gesetzessammlung*, frz. Ausgabe, Bd. 63, S. 1048. Treffender scheint uns noch die Formulierung des waadtländischen «Rapport complémentaire du conseil d'Etat au grand Conseil sur les affaires fédérales» 1938. Dort wird (S.18) der (frühere) deutsche Text in selbständiger Übersetzung wiedergegeben mit: «pour parer aux inconvénients d'ordre économique ou social résultant de l'activité des cartels et groupements analogues».

⁵¹ Vgl. dazu den nationalrätlichen Berichterstatter bei der Differenzenbereinigung: «Streitig war nur noch die Frage, mit welchem sprachlichen Ausdruck man diese Organisationen am besten erfasse.»

⁵² Wesentlich weiter geht der Hinweis von Koechlin (Die HGF nach den Vorschlägen der begutachtenden Kommission für Wirtschaftsgesetzgebung, S. 15): Beim Kartellabsatz «handelt es sich offensichtlich darum, eine politische Konzession zu machen... Ein neuer Wirtschaftsartikel ohne einen solchen Hinweis, würde vom Volk nicht verstanden, so wurde von den Politikern erklärt.» Damit wären nicht nur bestimmte Ausdrücke, sondern die Existenz der Kartellnorm an sich aus rein abstimmungs-taktischen Gründen zu erklären. Aus der Tatsache, dass diese Meinung bei den Redaktoren der neuen Wirtschaftsartikel teilweise wirklich bestand, sind wohl verschiedene redaktionelle Unzulänglichkeiten dieser Norm zu erklären.

⁵³ Andere Mitglieder dieser Kommission sollen eine Aufnahme des Begriffes «Trust» im Text deshalb abgelehnt haben, weil ein «amerikanisches Fremdwort» im Text der BV aus sprachlichen Gründen störend wäre; «die Vorlage des Bundesrates wollte das Fremdwort 'Trust' ausmerzen und ersetzte es durch 'ähnliche Organisationen'». (*Protokollnotizen* der Kommission des Ständerates, 5. Session 1.—3. Mai 1939).

⁵⁴ *Sten. Bullt.* NR 1938, S. 345; vgl. auch Schürmann: Bemerkungen, S. 29.

geprägtem Masse — auf der gleichen, gefühlsmässigen Grundeinstellung: Sowohl bei diesen Beratungen, wie im Abstimmungskampf wurde der Ausdruck «Kartell» nicht als nationalökonomischer Begriff, sondern recht eigentlich als Schlagwort, teilweise sogar als Schimpfname verwendet. Das Wort «Kartell» wurde zum Sammelbecken für jene Organisationsformen des gegenwärtigen Wirtschaftslebens, in denen in irgend einer Weise eine Beziehung zur Monopolidee, bzw. zur Tatsache einer bestimmten wirtschaftlichen Machtstellung erkennbar war, oder auch nur vermutet wurde. Es ist sicher nicht zufällig, dass in diese Zeit auch der grosse Erfolg fällt, den die reklamemässige Verwendung der Begriffe «monopolfrei», «trustfrei», «kartellfrei» erzielte. Schon Eggmann hat darauf hingewiesen, wie sehr sich die Monopolidee auf die Begriffe Kartell, Trust und sogar Konzern abgefärbt hat, «ein Zeichen dafür, dass die hierunter verstandenen Gebilde als den Monopolen verwandt empfunden wurden»⁵⁵.

Auch darin liegt mithin eine Bestätigung unserer früheren Feststellung, nach der das gemeinsame, spezifische Moment aller Konzentrationserscheinungen im Sinne des Kartellabsatzes, in ihrer Beziehung zu andern Wirtschaftssubjekten, allgemeiner: in ihrer Wirkung auf den Markt zu suchen ist.

Zusammenfassend sind aus dieser Darstellung für die Kartellgesetzgebung de lege ferenda folgende zwei Schlüsse zu ziehen:

1. Der Begriff des «Kartells», des «Trusts» oder ähnlicher Organisationen, soll in diesem Gesetz nicht umschrieben und nicht erwähnt werden. Das wird im konkreten Falle wesentlich zur Klärung und zur Vereinfachung der Legitimationsfrage beitragen⁵⁶.

2. Der Ausdruck «Kartelle und ähnliche Organisationen» ist aufzufassen als «Kartelle und ähnlich wirkende Organisationen». Das heisst: Als Grundlage ist die «kartell»-typische Wirkung festzustellen; an sie sind die besonderen Rechtsfolgen zu knüpfen.

Bei der Festlegung der «kartell»-typischen Wirkung sind verschiedene Lösungen möglich, je nachdem man auf das eine oder andere Wirkungsfeld abstellt. In unserem Falle dagegen wird der Weg, der einzuschlagen ist, durch Art. 31 BV vorgezeichnet: Wir sahen im dritten Kapitel, dass seine neue Auslegung deswegen zu einem Kartellverbot führt, weil der

⁵⁵ Eggmann: Staat und Kartelle, S. 75/76, Anm. 2. Wenn er auf der gleichen Seite sagt: «Zudem ist der Begriff 'Kartell' im Laufe der Jahre als Sammelbegriff auch für wirtschaftliche Organisationen verwendet worden, die sich wohl formal von einem Kartell kaum unterscheiden, materiell aber wenig mit ihm gemeinsam haben...» so stimmen wir damit insofern nicht überein, als wir das Gemeinsame dieser Organisationen just nicht im formalen, sondern im materiellen Element sehen.

⁵⁶ Vgl. Eggmann: Staat und Kartelle, S. 110.

freie Wettbewerb durch wirtschaftliche Machtansammlung immer mehr bedroht wurde. Das bedeutet: Die Sondergesetzgebung, welche diesen Machtansammlungen (bzw. ihren Auswirkungen) entgegenzutreten soll, muss auf die Idee des Konkurrenzschutzes ausgerichtet sein: Die von ihr bekämpfte, typische Wirkung ist demnach die Konkurrenzgefährdung⁵⁷.

Statt von «Kartellen und ähnlichen Organisationen» müssen wir deshalb von «konkurrenzhemmenden Organisationen» sprechen, oder, um gebräuchlichere Ausdrücke zu wählen, von «Organisationen mit Monopolstellung»⁵⁸ oder von «wirtschaftlichen Machtstellungen»⁵⁹. Mit diesen Begriffen setzen wir uns im nächsten Kapitel auseinander.

6. Kapitel

Die wirtschaftliche Machtstellung

Die beiden Begriffe «Monopolstellung» und «wirtschaftliche Machtstellung», die wir als mögliche Umschreibung des Ausdruckes «Kartelle und ähnliche Organisationen» bezeichnet haben, sind nicht identisch. Der Rahmen ihres Wirkungskreises ist verschieden weit, insofern, als wohl alle Monopole den Tatbestand der wirtschaftlichen Machtstellung erfüllen, als es aber auf der andern Zeite wirtschaftliche Machtstellungen gibt, die nicht als Monopole bezeichnet werden können¹.

Damit steht ein weiterer Gegensatz in engem Zusammenhang: Beide Begriffe beruhen zwar auf einer Beziehung, während aber der Monopolbegriff sich grundsätzlich immer auf einen (evtl. räumlich beschränkten) Markt bezieht, kann eine wirtschaftliche Machtstellung auch gegenüber einem einzelnen Wirtschaftler entstehen. Diese Tatsache ist vor allem bei der Ausgestaltung eines wirksamen Boykottrechts und des sogenannten «inneren Kartellrechts»² bedeutsam.

⁵⁷ So hat in der 4. Session der ständerätlichen Kommission (8.12.38), der Direktor des BIGA darauf hingewiesen, dass sich seines Erachtens der Begriff des Kartellwesens (aus dem der heutige Ausdruck hervorgegangen ist) «nicht nur gegen Kartelle im eigentlichen Sinne des Wortes wendet, sondern auch gegen andere monopolistische Bestrebungen».

⁵⁸ *Feldmann* (KTM, S. 11, f.): «Monopol bedeutet in jedem Fall... die Ausschaltung der freien Konkurrenz». *Schreier* (Aufgaben, S. 117): «Das äussere Kartellrecht ist in Wirklichkeit das Recht der Monopole».

⁵⁹ So fordert auch *Lehner* (Die Kartellbestimmung, in: NZZ 18.2.38), dass der Ausdruck «Kartelle und ähnliche Organisationen» ersetzt werde durch den Ausdruck «wirtschaftliche Machtstellungen»; der andere Ausdruck schaffe eine Ungerechtigkeit, indem er «verbandsmässige Privatmonopole anders behandelt als die Machtstellung der Einzelunternehmungen». Zu dieser Frage vgl. unten S. 69 f.

¹ So ist eine wirtschaftliche Machtstellung (aber wohl kaum ein Monopol), insbesondere auch denjenigen Interessenverbänden eigen, die sich mit der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses befassen.

² Wir verstehen unter «innerem Kartellrecht» die Gesamtheit der vertraglichen

Schliesslich ist auch auf einen gefühlsmässigen Unterschied hinzuweisen: Der Ausdruck «Monopol» hat als Folge der Ausbeutungstheorie stark an wissenschaftlicher Sachlichkeit eingebüsst³; er ist heute dermassen affektgeladen, dass er für eine Kartellgesetzgebung eine schwere Belastung darstellen würde. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich zweifellos, wenn man den Ausdruck «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen» gleich setzt, mit dem Ausdruck «gegen vss Auswirkungen wirtschaftlicher Machtstellungen»⁴.

Was ist aber eine «wirtschaftliche Machtstellung»? Um diesen Begriff abzugrenzen, müssen wir noch einmal auf den Monopolbegriff zurückgreifen, denn es ist — angesichts dessen, dass der Begriff «wirtschaftliche Machtstellungen» in der wissenschaftlichen Bearbeitung dieses Gebietes nur wenig beachtet worden ist — einfacher, auf diesem Wege die entscheidenden Punkte zu klären. Wir dürfen dies umso eher tun, als nach unserer Feststellung, alle Monopoltatbestände gleichzeitig auch die Voraussetzung der wirtschaftlichen Machtstellung erfüllen.

Beim Monopol handelt es sich im Idealfall um denjenigen Zustand, in dem sich entweder das gesamte Angebot oder die gesamte Nachfrage einer bestimmten wirtschaftlichen Leistung in der ausschliesslichen Verfügung einer Person, bzw. einer als Einheit handelnden Personengruppe befindet⁵. Von dieser, als «ausschliesslicher Beherrschung des Angebotes oder der Nachfrage durch ein einziges Subjekt und also durch einen einzigen Willen»⁶ bezeichneten Situation, gehen verschiedene Nationalökonom⁷ in ihren Betrachtungen aus. Dagegen ist uns kein Fall bekannt, in welchem daraus konkrete Vorschläge für die Ausgestaltung

oder statutarischen Grundsätze, deren Gegenstand die Rechte und Pflichten der einzelnen, im Kartell zusammengeschlossenen, aber rechtlich unabhängig bleibenden Unternehmungen darstellt. Es kommt deshalb nur beim Kartell im engeren Sinne, allenfalls beim Konzern vor.

³ Vgl. *Dobretsberger*: Konkurrenz und Monopol, S. 2.

⁴ Die Frage nach der Überschrift einer künftigen Kartellgesetzgebung, ist nicht sehr bedeutsam. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass auf Grund unserer Untersuchungen für die schweizerischen Verhältnisse eine Formulierung, ähnlich wie diejenige der alten deutschen Kartellverordnung, («gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen») am geeignetsten erscheint, die Idee von Art. 31 bis III d BV, wiederzugeben. Zur Frage der Überschriften in Kartellgesetzgebungen vgl. *Haussmann*: Schicksalswende, S. 368.

⁵ Dazu *Schreier*: Aufgaben, S. 86; *Böhm*: Wettbewerb und Monopolkontrolle, S. 12. Auch *Nelson* (System der philosophischen Rechtslehre und Politik, S. 369 f.) nimmt dort ein Monopolverhältnis an, wo «Einzelne die alleinige Verfügung über eine bestimmte Art von Gütern haben».

⁶ *Wieser*: Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft, S. 249.

⁷ Vgl. *Winzenried*: Die Lehre vom Monopol in der neueren deutschen Literatur, S. 9 ff. und die dort zitierten Autoren.

einer Kartellordnung abzuleiten versucht worden wären. Hier musste das Erfordernis der ausschliesslichen Beherrschung von Angebot und Nachfrage notwendigerweise modifiziert, «verwässert» werden, denn es eignete sich deshalb nicht als Grundlage einer praktischen Gesetzgebung, weil solche reine Monopolformen in der Wirtschaft gar nicht existieren⁸.

Der Grad der Modifizierung weist allerdings sehr grosse Unterschiede auf, wobei die Weltanschauung, die persönlichen Interessen und vor allem das Ausmass der praktischen und theoretischen Erfahrung auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Konzentration bestimmend sein mögen.

Ob man dabei, vom absoluten Monopolbegriff ausgehend, diese weitbegrenzten Erscheinungen trotzdem als «Monopole», oder aber als «relative oder unvollständige Monopole», bzw. als «Monopoloid» ansprechen will, ist für die Gesetzgebung nebensächlich, denn es ist nur eine terminologische Frage, ob man ein «Monopolgesetz» oder ein «Monopoloidengesetz» schaffen will⁹.

Viel schwieriger gestaltet sich dagegen die Frage, nach welchen Gesichtspunkten der Umfang jenes Markteinflusses zu bestimmen sei, durch den der Monopolatbestand erfüllt wird. Wenn Liefmann¹⁰ dort von einem Monopol spricht, wo «ein erheblicher Teil der Nachfragenden seine Befriedigung nur durch einen Anbieter... finden kann», und dazu an anderer Stelle¹¹ erläuternd ausführt, es werde zu einem monopolistischen Zustand nicht gefordert, dass überhaupt keine Konkurrenz vorhan-

⁸ *Marbach* (KTS, S. 101): «... existiert nun aber auch nie das reine Monopol». Ähnlich auch *Wolters* (Kartellliteratur, S. 37): «Das absolute Monopol und die absolut freie Konkurrenz, sind Grenzbegriffe» dazwischen aber gibt es «eine ununterbrochene Reihe von Zwischenstufen»; gleicher Ansicht *Haussmann*: Schicksalswende, S. 103 ff. und das dort zitierte angelsächsische Schrifttum; *Hunziker*: Ein hundertprozentiges Monopol (in: Rote Revue 1937, S. 281) versucht im Falle der Uhrenindustrie das Gegenteil zu beweisen, was ihm aber nicht gelingt.

⁹ Anders verhält es sich dagegen im Falle des Oligopols, d. h. dort, wo unter mehreren Wirtschaftssubjekten jeder für sich allein das Spiel von Angebot und Nachfrage eines bestimmten Marktes beeinflussen kann. Vgl. *Winzenried*: Lehre vom Monopol, S. 12; *Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949, S. 344). Verschiedene Autoren, wie z. B. *Miksch*, verlangen eine Sonderregelung für Oligopole und Teil-Oligopole, während nach anderer Ansicht, dem Staat damit zu viel überbürdet würde. (Zu dieser Auseinandersetzung: *Eucken*, in: Ordo 1949, S. 71). Sobald man aber — wie wir es tun — auf die «wirtschaftliche Machtstellung» abstellt, wird diese Diskussion gegenstandslos: Es liegt dann ein blosses Nebeneinanderbestehen verschiedener solcher Machtstellungen innerhalb eines einzigen materiell begrenzten Gebietes vor.

¹⁰ *Liefmann*: KKT, S. 10.

¹¹ *Liefmann*: Internationale Kartelle, S. 658. Auch das Reichsgericht hat nicht eine absolute Monopolstellung verlangt, sondern sich mit der «wesentlichen Kartellbeeinflussung» begnügt. (KR 1926, S. 100); vgl. ferner *Mislin*: Zulässiger Umfang, S. 5 ff.; *Weiss*: Artikel: «Monopol» im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 6. Bd. S. 616 ff.

den sei, so bleibt die zentrale Frage immer noch ungelöst. Was ist «ein erheblicher Teil»?

Wie sehr hier die Ansichten auseinandergehen, zeigen die verschiedenen Versuche, die Grenze des unerlaubten (= monopolistischen) Markteinflusses auf Grund des Anteils am Umsatz eines bestimmten Gewerbezweiges *prozentual* festzulegen. Die am nächsten liegende generelle Grenzziehung zwischen monopolistischem und nicht monopolistischem Markteinfluss bei 50 %¹², ist in der Praxis nach beiden Richtungen hin stark verschoben worden. So hat auf der einen Seite der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten, unter ausdrücklicher Ablehnung der 50 %-Grenze, erst bei einer 80 %igen Kontrolle eines bestimmten Gewerbezweiges eine monopolistische Beeinflussung des Marktes angenommen¹³. Dagegen bezeichnete das deutsche Kartellgericht in einem früheren Entscheid¹⁴ diesen Tatbestand dort schon als erfüllt, wo die in Frage stehende wirtschaftliche Konzentration 7—8 % des deutschen Teeranfalles «beherrschte». In diesem Zusammenhang verdient schliesslich ein Hinweis Feldmanns eine besondere Beachtung, wonach die wirtschaftliche Lebensfähigkeit eines Kartells (im engeren Sinne) nur dann gesichert sei, wenn dieses 60—90 % der Gesamtproduktion seines Wirtschaftszweiges umfasse!¹⁵

Selbst wenn man sich aber vorstellen würde, dass man sich in einem Gesetz auf einen bestimmten Prozentsatz geeinigt habe, wäre damit nur scheinbar eine Klärung erzielt, denn die Frage, auf welcher Grundlage diese Zahl zu berechnen sei, bliebe dabei noch unbeantwortet. Kann man auf die rechnerisch feststellbare Gesamtnachfrage, bzw. auf das Gesamtangebot abstellen? Spielt nicht auch das tatsächliche Verhältnis inner-

¹² So z. B. in einem früheren wirtschaftlichen Programm der englischen Liberalen (vgl. *Haussmann*: Kartellbegriff, in: KR 1928, S. 425).

¹³ *Entscheid* gegen die United States Steel Corporation 1920: «...that a corporation producing 50 % of all the Steel turned out in the country did not necessarily violate the antitrust laws...» (zitiert nach *Haussmann*: Schicksalswende, S. 106). Dagegen hat kürzlich die Antitrustabteilung des amerikanischen Justizdepartementes ein Verfahren gegen ein Unternehmen eingeleitet, weil es 45 % der Gesamtproduktion einer bestimmten Ware des Textilmarktes herstellt (vgl. NZZ 12. 12. 49). Zu obiger Frage auch *Wolf*: Amerikanische Antitrustgesetzgebung (in: ZbJV 1950, S. 203 ff.).

¹⁴ Deutsches Kartellgericht, aml. Sammlung, Nr. 55. (Vgl. *Haussmann*: Schicksalswende, S. 106).

¹⁵ *Feldmann* (KTM, S. 58): «...wobei eine Annäherung an die untere Grenze von 60 % schon bei 70 % dem Kartell für seine Aufrechterhaltung erfahrungsgemäss bereits erhebliche Schwierigkeiten bereitet». *Liefmann* (KKT, S. 112) spricht von 75 %, *Kestner-Lehnich* (Der Organisationszwang) gar von 80—90 %. Vgl. auch die bei *Wolfsers* (Deutsche Kartellliteratur, S. 35) angeführten Zahlen. Aufschlussreich ist in dieser Beziehung die auf der prozentualen Marktbeherrschung aufgebaute Monopolsteuertabelle von *Stackelbergs*. (Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftsordnung, in: Ordo 1949, S. 206).

halb der Nachfragenden oder Anbietenden und zwischen den beiden Marktseiten eine Rolle?¹⁶. Wie ist die örtliche Abgrenzung vorzunehmen, wie die zeitliche? Es ist undenkbar, dass man allgemein gültige Berechnungsgrundlagen gesetzlich umschreiben kann, ohne dadurch nicht in vielen Fällen unwirksam zu bleiben, oder über das gesetzte Ziel hinaus zu schiessen.

Im Falle der «wirtschaftlichen Machtstellung» verhält es sich in dieser Beziehung genau gleich. Auch hier ist es nicht möglich, einen für diese Erscheinung typischen Anteil am Markt grössenmässig zu umschreiben. Dagegen kommt man eher zu einer befriedigenden Lösung, wenn man sich nicht an der Wirkung auf andere Wettbewerber orientiert, sondern die Wirkung auf den Wettbewerb an sich zum Kriterium erhebt. In dieser Weise umschreibt Marbach die Monopolexistenz als «die organisierte Störung der Preisbildung wie sich diese innerhalb der kapitalistischen Wirtschaft auf Grund der kapitalistisch-freien Konkurrenz ergeben müsste»¹⁷. Da man im Falle der wirtschaftlichen Machtstellung, aus Gründen, die später darzulegen sind, nicht nur auf das Moment der Preisbildung abstellen kann, kommen wir zu folgender Umschreibung:

Der Tatbestand der wirtschaftlichen Machtstellung ist erfüllt, wenn eine Unternehmung¹⁸, bzw., eine als Einheit handelnde Gruppe von Unternehmungen, das freie Spiel von Angebot und Nachfrage stört¹⁹, oder die Möglichkeit hat dies zu tun. Wo diese Voraussetzung erfüllt ist, liegt

¹⁶ Vgl. dazu die Darstellung der Beteiligungsquoten der Düsseldorfer Stahlwerke an den verschiedenen Eisenverbänden Deutschlands bei *Haussmann*: Schicksalswende, S. 128. Obwohl diese nirgends über die Majorität verfügten, besaßen sie durch die Tatsache, dass sie in fast allen Eisenverbänden eine starke Minderheitsstellung einnahmen, doch eine ausgesprochen monopolartige Marktstellung.

¹⁷ *Marbach*: KTS, S. 22.

¹⁸ Auch *Haussmann*: KKW, S. 266, geht vom Unternehmen aus, das er als die Keimzelle der Konzentrationserscheinung bezeichnet. Zum Begriff der Unternehmung (ein nationalökonomischer und kein juristischer Begriff!); *Zoelly*: Rechtl. Behandlung der Kartelle, S. 5, der als Merkmal die freie Disposition über Arbeit und Kapital und Produktion für den Markt betrachtet. *Böhler* (Grundlehren S. 13) bezeichnet die Unternehmung als «organisatorische Einheit des Erwerbs»; *Amonn* (Grundbegriffe, S. 103): Unternehmung = Produktionsmittelkombination. Vgl. auch *Rasch* (dt. Konzernrecht, S. 21): «Der volkswirtschaftliche Begriff des Unternehmens kommt (für die Gesetzgebung, Verf.) nicht in Frage, weil es einen allgemein anerkannten Begriff des Unternehmens im wirtschaftlichen Sinn nicht gibt und nicht geben kann.» *Hahn*: Wirkung der Besteuerung des Kartellgewinns, S. 36; *Mahr*: Volkswirtschaftslehre, S. 228. Schliesslich vgl. zu der von *Gysin* (Grundlinien, S. 371 f.) durchgeführten Trennung von Unternehmen und Unternehmer als Grundlage des Zusammenschlusses, oben S. 18 Anm. 17.

¹⁹ Wir verstehen hier den Ausdruck «stört» nicht als Werturteil, sondern als blosser Tatsachenteststellung; als das Stören, das «aus den Angeln-Heben», das Beeinflussen des freispielerischen Wettbewerbs. Wie wir unten sehen werden, liegt in der Tatsache, dass jemand den Markt nachhaltig beeinflusst, noch kein Kriterium seiner Schädlichkeit.

deshalb immer ein «Kartell oder eine ähnlich (wirkende) Organisation» im Sinne des Kartellabsatzes vor.

Mit dieser Umschreibung wird der Rahmen sehr weit gezogen, so dass geprüft werden muss, ob darin nicht eine Gefährdung der Wirksamkeit einer solchen Gesetzgebung liegt²⁰. Die Bearbeiter kartellrechtlicher Fragen weisen nämlich übereinstimmend darauf hin, dass bei einer zu engen Grenzziehung wohl Tatbestände der Beaufsichtigung entgehen, die ihrer Natur nach darunter fallen sollten, dass aber das zu weite Spannen der Grenzen leicht zu einer Hemmung der natürlichen wirtschaftlichen Entwicklung führt²¹.

Wenn wir auf den hier umschriebenen Begriff abstellen, so legen wir dem Gesetz einen Anwendungsbereich zu Grunde, welcher noch weiter geht als die umfassenden Grenzziehungen des amerikanischen Sherman-Act: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations . . .»²². Haben wir mithin aus der um die Jahrhundertwende in Amerika gemachten Erfahrung, wonach sich dermassen umfassende Gesetze in der Praxis entweder als schädlich oder dann als undurchführbar erweisen²³, nichts gelernt?

Haben wir vergessen, dass gerade dieser Mangel an Differenzierung die Einführung der «rule of reason» notwendig machte²⁴? Mit nichten. In unserer Verfassung ist im Gegenteil bereits eine der «rule of reason» verwandte Erscheinung enthalten, so dass wir beim Beginn der schweizerischen Kartellgesetzgebungsarbeiten gewissermassen eine Situation vorfinden, die andernorts erst durch die Praxis entwickelt wurde²⁵. So wie

²⁰ Zur Notwendigkeit eines umfassenden Kartellbegriffs auch *Tschierschky*: Der monopolistische Charakter (in: Frankfurter Zeitung 9.9.28); die Schaffung eines weiten Monopolbegriffs ist hier noch wichtiger, da wir die Würdigung der organisatorischen Funktion dieser Gebilde bei der Begriffsbestimmung ausser acht lassen. Dazu: *Haussmann*: Schicksalswende, S. 157.

²¹ Vgl. *Gloede*, Marktaufsichtsordnung (in: KR 1943, S. 3).

²² Zitiert nach *Lewis*: Antitrust laws, S. 1. Eine gute deutsche Übersetzung bei *Wolf*: Die amerikanische Antitrust-Gesetzgebung (in ZbJV 1950), S. 198.

²³ Vgl. *Haussmann*: Schicksalswende, S. 56. Eine ganz andere Frage ist aber jene, ob die amerikanische Kartellpolitik erfolgreich gewesen sei oder nicht. Darüber sind die Meinungen sehr geteilt.

²⁴ Die rule of reason ist die Vernunftsregel «nach welcher eine industrielle Machtkonzentration gestattet sein sollte, sofern die Methoden, durch die diese Macht errungen worden sei, und der Gebrauch der von ihr gemacht werde, vernünftig seien». (*Haussmann*: KKW, S. 63, 33); vgl. auch *Hug*: Der Abbau des amerikanischen Anti-Trustrechts (in: KR 1930, S. 1 ff); *Marbach*: R. u. W., S. 218.

²⁵ Man darf diese Ausgangslage zweifellos als günstig bezeichnen: Sie erleichtert die Klärung des Problems, und gibt die Möglichkeit, zwischen den beiden Polen des Verbots und des schrankenlosen Gewährenlassens den Mittelweg zu finden. Erwähnt sei auch, dass *Haussmann* auf Grund langjähriger Konzentrationsforschung, die Fortentwicklung und Ausgestaltung des nordamerikanischen Standpunktes, als

die amerikanische Rechtsprechung, und später die Gesetzgebung, das umfassende Verbot des Sherman-Act, durch die rule of reason von gewissen Fällen ausgenommen hat, so liegt — wie wir sehen — die Aufgabe des Kartellabsatzes der BV darin, die Folgen der konzentrationsfeindlichen Haltung des Art. 31 einzuschränken. Im Kartellabsatz ist demnach der positive Ausdruck des rule-of-reason-Gedankens zu sehen. Nun liegt aber in der Art wie der Kartellabsatz diesen Gedanken realisiert, ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Vorgehen der amendements zum Sherman-Act: Diese schränken das Verbot räumlich ein, d. h. sie setzen es für einzelne Wirtschaftszweige²⁶ und/oder für bestimmte Arten des Zusammenschlusses²⁷ ausser Kraft; der Kartellabsatz dagegen schränkt das Verbot mengenmässig ein, d. h. er lässt das Verbot — unabhängig von der Art des Zusammenschlusses — nur bei bestimmten Auswirkungen zur Anwendung kommen. Das bedeutet: Der rule-of-reason-Gedanke des Kartellabsatzes ist vollständig im Ausdruck «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen» lokalisiert. Daraus folgt: Der Begriff «Kartelle und ähnliche Organisationen» (also «wirtschaftliche Machtstellung») bezeichnet dieselbe Erscheinung, gegen die sich schon — unausgesprochen — Art. 31 BV in seiner neuen Auslegung wendet: Gegen jede Störung der Konkurrenzfreiheit, des freien Spiels von Angebot und Nachfrage.

Damit erweist sich auch von dieser Seite her die gewählte Begriffsbestimmung als richtig; doch zeigt sich hier gleichzeitig, welche grosse Bedeutung der begrifflichen Festlegung der vss-Auswirkungen zukommt.

Dank dieser sehr weiten Auslegung umfasst der Begriff der wirtschaftlichen Machtstellung beinahe jede Form des wirtschaftlichen Konzentrationsprozesses. Er schliesst nicht nur die vertraglichen (statutarischen) und/oder finanziellen Zusammenschlüsse in sich, sondern auch jene Erscheinungen, die als Empfehlung (trade association), Erfa-Gruppen (Austausch von Erfahrungen) oder als gentleman agreement bezeichnet werden²⁸. Ebenso umfasst damit die «wirtschaftliche Machtstellung» auch

idealen Weg zur Ausgestaltung einer Konzentrationslenkungsgesetzgebung, empfiehlt. (*Haussmann*: Schicksalswende, S. 368).

²⁶ Beispielsweise Überseehandel, Landwirtschaft.

²⁷ So wurde das Kartell im engeren Sinne von der rule of reason nie erfasst. (Ausser einer kurzen Periode zwischen 1932 und 1935.) Vgl. *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 112; *Marbach*: W. u. R., S. 219; *Haussmann*: Wandel des intern. Kartellbegriffs, S. 11.

²⁸ Etwas anderes ist die Beweisfrage. So wird es fast unmöglich sein, den Unternehmern dort nachzuweisen, dass sie eine selbständige wirtschaftliche Machtstellung geschmiedet haben, wo sie sich des «Gary Dinners» bedient haben. Es handelt sich dabei um das aus der amerikanischen Wirtschaftsgeschichte bekannte Phänomen, dass sich einige Unternehmer zu einem geselligen Anlass treffen, über Kunst und Reisen sprechen und damit — gewissermassen zwischen den Zeilen

den nicht durch solche Konzentration entstandenen Einzel- (vor allem Einzelgross-) betrieb, sobald er seiner Grösse wegen das Funktionieren des Wettbewerbsprozesses beeinflussen kann. Für die von einer spezifischen Wirkung ausgehende Begriffsbildung, ist es deshalb nicht verständlich²⁹, weshalb — vor allem von nationalökonomischer Seite — davor gewarnt wird, den Einzelbetrieb in ein Gesetz gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung einzubeziehen: «We fall into error unless we distinguish sharply between the kind of monopoly where one firm by its size dominates the market, and the other kind, where a number of firms enter into agreement to restrict output and maintain prices³⁰.»

Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang einem Brief von Bundesrat Obrecht an die Mitglieder der ständerätlichen Kommission für die Wirtschaftsartikel vom 25. Mai 1939 zu. Dort sagt er (S. 3): «In der letzten Sitzung Ihrer Kommission wurde die Frage aufgeworfen, ob auch die Machtstellung einer einzelnen Unternehmung, die ebenfalls zur Beherrschung des Marktes und zur Gefährdung volkswirtschaftlicher und sozialer Interessen führen kann, unter den Kartellbegriff falle. Diese Frage ist zu verneinen, da der Begriff «Kartellwesen» oder «Kartelle und ähnliche Organisationen» den Zusammenschluss meh-

— einen Preis oder eine Kampfmassnahme diskutieren. (Vgl. *Haussmann*: Wandel des intern. Kartellbegriffs, S. 7; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 117; *Liefmann*: KKT, S. 360.)

²⁹ *Lehner*: Die Kartellbestimmung (in: NZZ 18.2.38): «Die moderne Wirtschaft kennt aber eine Marktbeeinflussung nicht nur durch Zusammenschlüsse, sondern auch durch einzelne Grossunternehmungen». *Klein* hat schon 1903 (in: KR 1903, S. 158 ff.) davor gewarnt, den Kartellen etwas zu verbieten, was den Einzelunternehmern erlaubt ist. Dann würde das Kartellgesetz «das Stygma von AusnahmeGesetzen tragen».

³⁰ *Lewis*: Overhead costs, London 1949.

Ähnlich auch *Liefmann*: Zur Systematik der wirtschaftlichen Machtstellung (in: KR 1928), S. 389: «Es ist ein Grundfehler der bisherigen rechtlichen Betrachtung des Problems, alle diese Dinge zusammenzuwerfen, zu glauben, dass eine allgemeine, einheitliche Regelung wirtschaftlicher Machtstellungen möglich sei.» Dagegen *Lehner* in seinem Gutachten an den 35. dt. Juristentag, S. 286: «Auch Einzel- und Gesamtunternehmungen müssen in den Rahmen der Überwachung eingespannt werden, soweit sie ihre Massnahmen darauf richten, die Marktlage künstlich zu beeinflussen.» Hier stehen sich nicht nur zwei verschiedene Standpunkte gegenüber, sondern es handelt sich um den Gegensatz des nationalökonomischen und des juristischen Standpunktes ganz allgemein.

So ist auch in Frankreich Art. 419 des code pénal, von dem dort die Kartellbeurteilung ausgeht, 1926 insofern abgeändert worden, als er sich nicht mehr bloss auf Kartelle (im engeren Sinn), sondern auf jedes Unternehmen erstrecken soll. Vgl. *van Dam*: Preisunterbietungen, S. 52; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 42 ff. *Lehner* (NZZ 18.2.38): «Bulgarien erliess 1931 das Gesetz über die Kartelle und Monopolpreise in dem ausdrücklich auch Einzelunternehmungen erfasst worden sind. Auch die Tschechoslowakei im Kartellgesetz von 1933 und Rumänien in der Kartellverordnung von 1937 haben diese Gleichsetzung von Zusammenschluss und Einzelunternehmung durchgeführt.»

rer Unternehmungen voraussetzt. Um diese Lücke zu schliessen, schlagen wir vor, von «wirtschaftlichen Zusammenschlüssen und Machtstellungen» zu sprechen. Die Kommission hat sich — nach dem uns zur Verfügung stehenden Material — mit dieser Frage indessen nicht mehr beschäftigt. Es scheint, dass man ihr keine besondere Bedeutung beigemessen hat, und auch im Parlament ist sie bloss im Vorbeigehen berührt worden³¹. Wenn man aber bedenkt, dass eines der Hauptziele der Revision der Wirtschaftsartikel darin bestand, die Rechtsgleichheit unter den verschiedenen Wirtschaftssubjekten herzustellen, dann kann — weil die Wirkung zum Kriterium erhoben wurde — die Einzelunternehmung vom Gesetz nicht ausgeschlossen sein; es wäre widersinnig, wollte man hier plötzlich wieder auf das strukturelle Moment abstellen. Die «Lücke», von der der bundesrätliche Brief spricht, besteht bei der gegenwärtigen Formulierung der Kartellbestimmung deshalb tatsächlich gar nicht.

Für die schweizerische Lösung stellt sich hier allerdings die Frage, wie der Ausdruck «Organisation» des Kartellabsatzes aufzufassen sei. Hätte der Gesetzgeber diesen Ausdruck in einem betriebswirtschaftlichen Sinn aufgefasst, d. h. als organisatorische Zusammenfassung, dann könnte der Einzelbetrieb, dessen wirtschaftliche Machtstellung im konkreten Fall aus sich selbst gewachsen ist, nicht darunter subsummiert werden. Es bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber betriebswirtschaftlich gedacht hätte, so dass der Begriff «Organisation» in seinem normalen juristischen Sinn aufgefasst werden muss³². Auch von hier aus steht mithin dem Erfassen der Einzelfirma nichts entgegen³³.

Ebenso wenig kann das Moment der Grösse für die Unterstellung eines bestimmten Wirtschaftssubjektes unter den Begriff der wirtschaftlichen Machtstellung ausschlaggebend sein. Gefühlsmässig liegt die Verbindung von Grösse und Macht zwar nahe, d. h. es scheint gegeben, dass das Vorhandensein einer Machtstellung von einer bestimmten minimalen Kapitalhöhe, oder einer bestimmten Mindestzahl beschäftigter Personen abhängig gemacht werde. Auf dieser Grundlage baute beispielsweise das von der britischen und amerikanischen Besatzungsbehörde in Deutschland erlassene Gesetz «Prohibiting of Excessive Concentration of German Economic Power» (12. 2. 47) auf, indem es prima facie alle jene

³¹ *Sten. Bullt.* StR 1939, S. 385.

³² Vgl. dazu *Burckhardt*: Einführung, S. 121, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 123.

³³ Auch die dt. Kartellverordnung von 1923 erfasste die Einzelunternehmungen. Im Unterschied zu der hier vertretenen Ansicht behandelte sie diese aber nicht völlig gleich wie die andern Organisationen. Sie stellte die Monopolmacht in der Hand eines Einzelunternehmens der Monopolmacht in der Hand der durch rechtsgeschäftliche Abmachung Zusammengeschlossenen gegenüber. Diese Letztgenannten unterstanden einer Reihe zusätzlicher Sonderbestimmungen (§§ 1—9, 21).

Unternehmungen der wirtschaftlichen Macht verdächtigte, welche mehr als 10 000 Personen beschäftigten³⁴. Ähnliche Postulate werden gegenwärtig auch in Amerika vertreten, so z. B. vom Vorsitzenden einer Antitrustkommission des Kongresses, der eine «wirtschaftliche Bill of Rights» forderte, welche unter anderem zu bestimmen hätte, dass sich kein Unternehmen über eine bestimmte Grösse ausdehnen darf. Gerade dieses Beispiel aber zeigt, dass ein solches Vorgehen nicht zu befriedigenden Resultaten führen kann: Obwohl der erwähnte Entwurf vorsieht, dass das festgesetzte Höchstmass nach Produktionswert, Finanzkraft, Zahl der beschäftigten Personen, Umsatz, etc. abgestuft werde, musste auf Grund wirtschaftlicher Überlegungen eine Ausnahme statuiert werden, die den ganzen Vorschlag in Frage stellt: In denjenigen Fällen soll es zulässig sein, das Höchstmass zu überschreiten, wo dies für die Leistungsfähigkeit des Betriebes wesentlich ist³⁵. Es dürfte aber in den meisten Fällen möglich sein, diesen Beweis ohne grosse Mühe zu erbringen!

Dagegen ist die Frage der Grössenbekämpfung unter andern Gesichtspunkten, wie z. B. soziologischen³⁶ oder betriebswissenschaftlichen (optimale Betriebsgrösse!)³⁷, unter Umständen völlig anders zu beantworten. Wenn sie aber im Rahmen einer «Kartell»-Gesetzgebung, die nur der Gewährleistung der Konkurrenzfreiheit dienen soll, erörtert wird, so beruht das wohl auf der Verwechslung von absoluter und relativer Grösse. Ebenso sehr wie das «big business», kann auch jene Unternehmung, die

³⁴ American policy concerning german monopolies: *Department of State, Publication 2889, Commercial Policy Series 103, 1948*. Es wurde in diesem Gesetz allerdings vorgesehen, diese grobe Auswahl anhand verschiedener Faktoren von Fall zu Fall weiter zu verfeinern. Ähnlich wurde schon im amerikanischen Urteil gegen die Standard-Oil von 1911 — das die rule of reason einführt — in der Zusammenballung wirtschaftlicher Macht als solche, eine «prima facie presumption of intent and purpose to dominate the oil industry» gesehen. (Dazu *Haussmann: Schicksalswende*, S. 115).

³⁵ Es handelt sich hier um den Vorschlag von *Celler*, Präsident eines Trust-Untersuchungsausschusses des Kongresses; vgl. «Die Antitrustpolitik in den Vereinigten Staaten» (NZZ 25. 12. 49). Mit Recht wird bei dieser Gelegenheit aber auch darauf hingewiesen, dass ein Kampf gegen die «Grösse als solche» erfahrungsgemäss immer auch ein Kampf gegen den technischen Fortschritt darstellt. Dazu auch *Böhm: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung* (in: ZbJV 1949, S. 346 f.). Auch der amerikanische Bundesrichter *Douglas* hat in einem Antitrustverfahren gegen die Paramount-Filmgesellschaft (1948) die Meinung vertreten, dass «die Grösse an sich ein Merkmal der monopolen Macht ist, denn die Grösse birgt in sich eine Gelegenheit für Missbrauch...» (vgl. *Wolf: Amerikan. Antitrust-Gesetzgebung*, in: ZbJV 1950).

³⁶ Vgl. *Haussmann: Schicksalswende*, S. 310.

³⁷ Zur «Politik der optimalen Betriebsgrösse» als Faktor der Monopolpolitik vgl. *Gruber: Die Zusammenhänge zwischen Grösse, Kosten und Rentabilität industrieller Betriebe* 1948, S. 22 ff.; *Röpke: Klein- und Mittelbetriebe in der Volkswirtschaft* (in: *Ordo* 1948), S. 162; *Haussmann: Schicksalswende*, S. 73, Anm. 132 und S. 313.

im Hinblick auf Umsatz, Produktion, investiertem Kapital, etc. als kleine Unternehmung anzusehen ist, auf einem beschränkten Markt machttypische Wirkungen erzeugen und damit zur wirtschaftlichen Machtstellung im dargelegten Sinne werden. So besteht zum Beispiel in dem Falle, wo einer der beiden Bäcker eines kleinen Dorfes gleichzeitig Besitzer der einzigen Quelle ist, und die Abgabe von Wasser vom Bezug von Brot abhängig macht, zweifellos auf einem örtlich beschränkten Markt eine wirtschaftliche Machtstellung, die durch einen gesetzlichen Eingriff beseitigt werden sollte³⁸.

Ebensowenig kann man auch gewisse Sachgebiete deswegen von einer Gesetzgebung gegen den Missbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung von vorne herein ausschliessen, weil sie «sich für die Entstehung solcher Konzentrationen erfahrungsgemäss nicht eignen». Derartigen Ansichten begegnet man teilweise im Falle der Landwirtschaft³⁹, wo behauptet wird, dass sich die Überlegenheit kleiner Betriebe gegen landwirtschaftliche Grossbetriebe empirisch erwiesen habe⁴⁰; wo das Prinzip des «Leben und Lebenlassens» dermassen verwurzelt sei, dass auf keiner Seite ein Bedürfnis für die Unterstellung unter ein Kartellgesetz bestehe. Diese Behauptungen widersprechen jedoch den Erkenntnissen der neueren Forschung, die, nach Haussmann⁴¹, eindeutig nachgewiesen hat, dass es auch einen landwirtschaftlichen Konzentrationsprozess gibt⁴².

Am meisten ist die Frage einer möglichen Unterstellung im Falle der Gewerkschaften umstritten. Während noch um die Jahrhundertwende die grosse Mehrheit der Kartelltheoretiker die Gewerkschaften aus dem Gebiet des Kartellrechts wegwiesen, zeichnet sich heute (besonders in Amerika) der gegenteilige Standpunkt ab⁴³. Dafür scheint einerseits die Richtung in der sich das Gewerkschaftswesen entwickelt hat, verantwortlich

³⁸ Wir werden unten sehen, dass man in solchen Fällen mit den bestehenden Rechtssätzen, auch denjenigen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, nicht immer Abhilfe schaffen kann.

³⁹ Vgl. «Überwindung der Krise durch die Kriseninitiative.» (Bemerkungen zur Wirtschaftskriseninitiative 1934, herausgegeben vom schweiz. Aktionskomitee zur Bekämpfung der Wirtschaftskrise 1934, S. 83); Kuhr (in: KR 1940, S. 137).

⁴⁰ Vgl. Mises: Gemeinwirtschaft 1930, S. 361 f.; Sombart: Hochkapitalismus III, 2 S. 822 II; auch die vom eidg. Volkswirtschaftsdepartement herausgegebene Untersuchung «Volkswirtschaftliches Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz» (1925) I. S. 62 ff.; Feldmann: KTM, S. 33.

⁴¹ Haussmann: Schicksalswende, S. 5.

⁴² Vgl. Saint-Germès: Les ententes et la concentration de la production industrielle et agricole, S. 89 ff., S. 52 f.; für die schweiz. Verhältnisse auch Zschokke (in: KR 1938, S. 268).

⁴³ Tschierschky (Der Begriff «Kartell und Trusts», in: KR 1906, S. 74) sagte damals von der herrschenden Meinung in dieser Frage, dass sie «übereinstimmend» die Arbeitergewerkschaften davon ausschliessen.

Zur heutigen Situation: Marbach: W. u. R., S. 229, Anm. 1; Haussmann: Wandel des intern. Kartellbegriffs, S. 37.

zu sein. Hüber hat, von der Frage der Kartellgesetzgebung ausgehend, diese Seite des Problems treffend erfasst, wenn er sagt, «dass der ursprünglich menschliche Zweck (der Gewerkschaften, Verf.) unter der Last der Rationalität verschwindet; dass sich ein völliges Hineinwachsen in die kapitalistische Umwelt vollzieht»⁴⁴.

Andererseits trägt aber auch die sich allmählich durchsetzende Erkenntnis, dass eine kapitalistische Konzentration an sich nichts schlechtes ist, dazu bei, den Widerstand der Gewerkschafter gegen ein kartellrechtliches Erfassen ihrer Organisation zu vermindern.

Gegen die gesetzgeberische Gleichbehandlung der Gewerkschaften mit industriellen Zusammenschlüssen wird vor allem der Einwand ins Feld geführt, «Kartell und kartellähnlich» beziehe sich primär auf den Güter- und Leistungsmarkt, nicht aber auf die unselbständige, abhängige Arbeit. Da für dieses Argument in der Verfassung jedoch keinerlei Anhaltspunkte gefunden werden können, wird von den Gegnern der Gleichstellung umso nachdrücklicher auf die besondere, dem «normalen Kartell» völlig entgegengesetzte Zielsetzung der Gewerkschaften verwiesen: Die Gewerkschaft trachte (ob nur in der Theorie oder auch in der Praxis, ist hier nicht zu erörtern) nicht nach privater Machtakkumulation, sondern versuche im Gegenteil, dieser für die kapitalistische Wirtschaftsordnung typischen Erscheinung entgegen zu treten⁴⁵. Sie sei, so wird dargelegt, nicht eine Gefährdung der Freiheit, sondern wolle die gefährdete, faktisch negierte Freiheit wieder sicherstellen; sie sei demnach

⁴⁴ Hüber: Der Kartellcharakter von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband, S. 121. Er fährt dort fort: «Der Wandel der Gewerkschaften zu Kartellen der Arbeit musste sich auf dem Boden des Kapitalismus entwickeln. Deshalb bestand und besteht die Möglichkeit, dass der gewerkschaftliche Kampf in einer kapitalistischen Interessenwahrnehmung erstarrt.» Gabler: Die amerikanische Antitrustpolitik (Bund 13. 12. 49): «Der andere schwache Punkt der heutigen Anwendung der (amerikanischen, Verf.) Antitrustgesetzgebung liegt darin, dass die Gewerkschaften vor ihr immun sind. Wer mit den Geschäftspraktiken gewisser Gewerkschaften... vertraut ist, kann kaum leugnen, dass diese eine stärkere Verletzung der Idee des freien Handels und Gewerbes darstellen.» Man darf dabei allerdings nicht übersehen, dass ein grosser Unterschied besteht, zwischen den Zielen und Methoden amerikanischer und schweizerischer Gewerkschaften. Vgl. Kaufmann: Grundzüge des amerikanischen Arbeitsrechts (in: ZbJV 1950, S. 158 f.). Dies kommt besonders deutlich in einer Äusserung des amerikanischen Gewerkschaftsführers Lewis zum Ausdruck, wonach die amerikanischen Gewerkschaften auf wirtschaftlicher, die kontinental-europäischen auf politischer Grundlage kämpfen. «Die Amerikaner sind keine Idealisten und klassenbewusste Arbeiter; sie erziehen nicht zum Klassenkampf, sondern sind einfach Realisten.» (Zitiert nach «Tat», 15. 2. 47.)

Monopolcharakter der Gewerkschaften nehmen z. B. auch an: Böhm: Wettbewerb und Monopol, S. 12; Röpke: Gesellschaftskrise, S. 360; derselbe: Europäische Bilanz des Kollektivismus (in den Schweiz. Monatsheften 1947, S. 351; allerdings nicht unbedingt); Koepfel: Kartellpolitik (in: KR 1935, S. 162).

⁴⁵ Mislin: Umfang der kartellrechtlichen Bindung, S. 12; vgl. Schnurrenberger: Die cooperative Organisation des schweiz. Detailhandels, 1927, S. 190 ff.

ein «Versuch der Aufhebung einer Negation durch die Negation dieser Negation»⁴⁶. Allein, wenn der Gesetzgeber bei der Lösung seiner Aufgabe hier plötzlich auf die Tendenz bestimmter Organisationen abstellen würde, so würde damit, bei konsequenter Durchsetzung, der Anwendungsbereich einer Kartellgesetzgebung ausserordentlich eingeschränkt, denn dieselbe Feststellung trifft auch für die landwirtschaftlichen Genossenschaften, für die Zusammenschlüsse der Handwerker und der freien Berufe und für die Konsumentenvereinigungen zu. Gysin⁴⁷ geht — so weit wir sehen als einziger — diesen Weg konsequent und schliesst alle erwähnten Zusammenschlüsse aus, da ihre «Tendenz der privat-individuellen Machtakkumulation der privaten Wirtschaft stets mehr oder weniger entgegengesetzt» sei. Indessen ist dieses Von-vorne-herein-Absondern, abgesehen davon, dass es sehr schwer wäre, die Grenzen zu ziehen, dann nicht mehr einleuchtend, wenn man — wie es die Bundesverfassung tut — zwischen «guten» und «schädlichen» Wirkungen wirtschaftlicher Machtstellungen unterscheidet.

Jene Überlegungen gehen von der Tatsache aus, dass sich der Preisbildungsprozess bei der menschlichen Arbeitskraft nach speziellen Marktgesetzen vollzieht⁴⁸; sie sind deshalb vom nationalökonomischen Standpunkt aus einleuchtend; dagegen sind sie es für den Kartell-Juristen, der — wie wir sahen — auf die Wirkung abstellen muss, nicht. Der freie Wettbewerb ist in gleicher Weise gefährdet, ob sich nun die machttypischen Tendenzen auf dem Warenmarkt oder auf dem Arbeitsmarkt abzeichnen⁴⁹; ob hinter wettbewerbshemmenden Auswirkungen «nacktes Profitstreben» stehe, oder der ethisch aner kennenswerte Versuch, dem Arbeiter das tatsächliche Äquivalent seiner Arbeitsleistung zu verschaffen. Diese Gesichtspunkte spielen erst bei der Festlegung des zweiten, für das gesetzliche Eingreifen nötigen Kriteriums (die vss-Auswirkungen) eine Rolle. Für das freie Funktionieren von Angebot und Nachfrage,

⁴⁶ *Marbach*: KTS, S. 8.

⁴⁷ *Gysin*: Grundlinien des schweiz. Kartellrechts (in: ZsR nF Bd. 49), S. 367.

⁴⁸ Ähnlich auch der Clayton-Act von 1914: «That the labor of a human being is not a commodity or article of commerce.» Man übersieht oft, dass der Sherman-Act die Gewerkschaften noch nicht ausschloss. Vgl. dazu *Trumpler*: Unlauterer Wettbewerb und Antitrustrecht, S. 85 f.

⁴⁹ *Lorenz*: Entwicklungslinien (in: schweiz. Rundschau 1928, S. 2): «Zwei grosse Gruppen stehen sich hier gegenüber: proletarische (Interessengruppen, Verf.) einerseits — nicht proletarische andererseits. Ihr Wesen ist dasselbe. Monopole des Arbeitsmarktes in einem, Monopole des Warenmarktes im andern Falle.» Vgl. auch *Klug*: Kartell-Theorie und Kartell-Politik (in: KR 1935, S. 162); den gleichen Standpunkt nimmt auch *Feldmann* (KTM, S. 12 f.) ein: «Kartelle und Trusts schliessen die freie Konkurrenz nur auf einer Seite des Produktionsprozesses aus, nämlich auf der Seite der arbeitgebenden Unternehmer. Es gibt demgegenüber auch eine Ausschaltung der freien Konkurrenz auf der Gegenseite: Im Angebot der Arbeitskraft.»

auf das allein abzustellen ist, besteht kein Unterschied, ob eine Gewerkschaft das ca-canny-System⁵⁰ einführt, oder in einem Warenkartell eine Quotenzuteilung vorgenommen werde. Die wirtschaftliche Wirkung eines gewerkschaftlichen Tarifvertrages erscheint (unmittelbar) ähnlich, wie diejenige eines Preiskartells, denn in beiden Fällen ergibt sich für den Nichtgrenzproduzenten eine relativ ungerechtfertigte Kartellrente⁵¹.

Zudem übersieht man leicht, dass sich die Frage der Wettbewerbsfreiheit nicht nur bei der Auseinandersetzung mit der Arbeitgeberseite stellt; sie spielt auch bei den intergewerkschaftlichen Beziehungen und bei der Haltung der einzelnen Gewerkschaft ihren Mitgliedern gegenüber, eine bedeutende Rolle.

Obschon auf Grund dieser Betrachtungen auch die Gewerkschaften durch ein Kartellgesetz zu erfassen wäre, haben wir sie mit der Einführung des Begriffs der «Unternehmung» in unserer Umschreibung der wirtschaftlichen Machtstellung bewusst davon ausgenommen. Dafür waren zwei Überlegungen massgebend: Einerseits schaffen die Wirtschaftsartikel der BV in den Bestimmungen über Allgemeinverbindlicherklärung von Vereinbarungen, welche Fragen des Arbeitsverhältnisses betreffen, bereits die Möglichkeit, auf diesem Gebiet indirekt gegen Auswüchse ungesunder Machansammlungen vorzugehen. Andererseits ist in letzter Zeit öfters die Anregung gemacht worden, diese «Kartellrechtsfragen» im Gebiet des Arbeitsmarktes, zwar auch einer Sonderregelung zu unterwerfen, dabei aber von einem noch spezielleren Gesichtspunkt auszugehen: Man denkt an ein Koalitionsgesetz, dem zum Teil die gleichen Intentionen zu Grunde liegen, wie wir sie bei der umfassenderen Kartellgesetzgebung angetroffen haben, so dass, cum grano salis, die Koalitionsgesetzgebung als sachlich eingeschränkte Kartellgesetzgebung bezeichnet werden kann. Diese Differenzierung ist von der Gesamtwirtschaft aus gesehen sicherlich wünschenswert. Zudem spricht auch das referendumpolitische Moment gegen die Aufnahme der Gewerkschaften in eine Kartellgesetzgebung⁵².

⁵⁰ System des langsamen Arbeitens. In der Literatur findet man wiederholt das Beispiel einer Malergewerkschaft in San Franzisko erwähnt, die die ausschliessliche Verwendung von nur kleinen Pinseln durchsetzte, um damit zu verhindern, dass mit einem Pinselstrich zu viel Arbeit geleistet werde.

⁵¹ Vgl. *Hüber* (Kartellcharakter von Gewerkschaften, S. 67): «Analog zu den Verhältnissen in den Warenkartellen, wird auch hier der Preis ausgerichtet, nach dem Grenzproduzenten. Dem Surplus-Gewinn derjenigen Unternehmer, die produktionsmässig besser gestellt sind als der Grenzproduzent, und die damit die Spannung zwischen ihrem normalen Profit und dem am Grenzprodukt ausgerichteten Monopolpreis als Kartellrente einstreichen können, entsprechen die über dem Minimumlohn der Grenzarbeiter des Tarifvertrages gelegenen Einkommensstufen der höher qualifizierten Arbeitergruppe.»

⁵² Gemäss Art. 32, Abs. 1 BV untersteht trotz der ausdrücklichen Kompetenz an den einfachen Gesetzgeber, das von ihm ausgearbeitete Kartellgesetz dem fakultativen Referendum. (Vgl. auch *Schürmann*: Bemerkungen, S. 50.)

Eine von vorne herein gegebene Einschränkung in der Anwendung eines solchen Gesetzes kann selbst dort nicht angenommen werden, wo das in Diskussion stehende Wirtschaftssubjekt nicht, bzw. nicht ausschliesslich auf privatrechtlicher Grundlage errichtet ist⁵³. Gerade die neueren Publikationen zum Kartellproblem machen auf die grosse Gefahr aufmerksam, die dem Wirtschaftsprozess von Seiten der staatlich betreuten und geförderten «Kartelle» drohen⁵⁴. Indessen würden bei einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, angesichts des Art. 113 III BV, allerdings diejenigen Massnahmen solcher Zusammenschlüsse der Verfolgung durch den Kartellrichter entgehen, die auf einem von der Bundesversammlung erlassenen Gesetz oder einem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss beruhen.

Neben grundsätzlichen Bedenken, sprechen aber auch Überlegungen praktischer Art gegen das Aussondern solcher Wirtschaftssubjekte. Die Situation ist nämlich nur bei den Monopolen und Regalen eindeutig⁵⁵. In den andern Fällen aber können die Grenzen zwischen staatlichen, halbstaatlichen und privaten wirtschaftlichen Machtstellungen nicht klar gezogen werden, man denke nur an den starken Einfluss den der Bund — und wie ist es im Falle der Kantone? — durch finanzielle Beteiligung auf viele Organisationen der Verkehrs- und der Elektrizitätswirtschaft ausübt⁵⁶. Oder man stelle sich die Schwierigkeiten vor, diese Grenze innerhalb der Organisationen der schweiz. Milchwirtschaft zu ziehen, wo wir einem vielfachen, wechselseitigen Ineinander-Greifen rein privater Zusammenschlüsse und vom Staat befohlener oder geförderter Kartellierungen begegnen. Dabei handelt es sich auch hier, wie eine Arbeit des Völkerbundes aus dem Jahre 1943 zeigt, durchaus nicht um eine spezifisch

⁵³ Anderer Ansicht *Marbach*: W.u.R., S. 232. Der grössere Teil des europäischen Schrifttums unterstellt dem Kartellbegriff (im weitesten Sinn) ebenfalls nur private Abmachungen. Anders in Amerika. (Vgl. *Haussmann*: Wandel des intern. Kartellbegriffs, S. 6). Immerhin begegnet man im neueren kontinentalen Schrifttum — wohl zu Folge der internationalen Kartellrechtsentwicklung — vielen Autoren, die die Trennung zwischen privaten und staatlichen (bzw. staatlich beeinflussten) Zusammenschlüssen in dieser Beziehung fallen lassen.

⁵⁴ *Eucken*: Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung (Ordo 1949, S. 66 ff.): «Vielfach ist sogar die Neigung, die Monopolposition vollständig auszunützen bei staatlicher Monopolverwaltung grösser, als bei privater.» Vgl. ferner *Huber*: HGF, S. 12; *Böhm*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (in: ZbJV 1949, S. 356).

⁵⁵ Vgl. dazu *Feldmann*: KTM, S. 126 ff.; *Baumgartner*: HGF im schweiz. Staatsrecht, S. 50 f.; *Schürmann*: Bemerkungen, S. 5; *Fleiner/Giacometti*: Bundesstaatsrecht, S. 277 f., 299 ff.; *Marti*: HGF, S. 208 ff.

⁵⁶ Über die gemischt privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Zusammenschlüsse vgl. *Haussmann*: Alte und neue Verbindungen privater und öffentlicher Wirtschaftsbetätigung (in: Wirtschaft und Recht 1949, S. 3 ff.); und *derselbe*: Schicksalswende, S. 339 f.; *Werr*: Internationale Wirtschaftszusammenschlüsse und Staat als Vertragspartner, S. 105 ff.; *Winzenried*: Lehre vom Monopol, S. 30 f.

schweizerische Kartellfrage: «The line between government monopolies and private monopolies is often a shadowy one, and governments sometimes execute national monopolistic policies by means of quasi-private organisations»⁵⁷.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass auch die Welthandelscharta von Havanna — die für das schweiz. Kartellrecht bedeutungsvoll werden könnte — bei der Beurteilung der Schädlichkeit solcher Zusammenschlüsse nicht darauf abstellt, ob es sich um private oder vom Staat geförderte, bzw. von ihm selbst durchgeführte Konzentrationen handelt⁵⁸.

Zusammenfassend müssen wir feststellen, dass es keine Kriterien gibt, die einen bestimmten Kreis wirtschaftlicher Organisationen von vorne herein von der Unterstellung unter ein Gesetz gegen den Missbrauch ihrer Machtstellung ausschliessen würden⁵⁹.

Daraus sind vorerst zwei Schlüsse zu ziehen:

1. Der Formulierung des einschränkenden Begriffs, d. h. der «vss Auswirkungen» kommt eine sehr grosse Bedeutung zu, damit dieses — prima facie gegebene — weite Feld staatlicher Einflussmöglichkeiten auf ein wirtschaftlich tragbares Mass herabgesetzt werde.

2. Die Durchführung des von Nationalökonomern und Juristen immer wieder in den Vordergrund gestellten Institutes eines Kartellregisters, ist bei solchen Voraussetzungen unmöglich⁶⁰. Teilweise ist dies schon im Wesen des Kartellregisters an sich begründet, denn die Erfahrung zeigt, dass auch dort, wo der Kartell- und Monopolbegriff sehr eng gefasst wurde, durch diese Einrichtung nicht diejenigen Erfolge erzielt werden konnten, die man sich früher (um die Jahrhundertwende!) von ihr versprach⁶¹. Das ist nicht erstaunlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass

⁵⁷ *Viner: Trade Relations between Free-Market and Controlled Economies. (League of Nations, 1943.)*

⁵⁸ Vgl. *Haussmann: Intern. Kartelle und zwischenstaatliche Stapelgüterabkommen* (in: *Aussenwirtschaft* 1948, S. 242).

⁵⁹ *Trumpler (Unlauterer Wettbewerb und Antitrust-Recht, S. 96):* «Weder die Grösse des Zusammenschlusses, noch der Grad der Beherrschung des Marktes, noch die Absicht der Monopolisierung sind sichere Kennzeichen eines ungesetzlichen Trusts.»

⁶⁰ Auch in der Schweiz stand die Frage des Kartellregisters im Vordergrund; besonders deutlich z. B. bei der Wirtschaftskriseninitiative von 1934, wozu das Aktionskomitee ausführte: «Was die Durchführung anbetrifft, so wird die Ausführungsgesetzgebung bestimmen müssen, dass die Kartelle und Trusts ihre Abmachungen einer offiziellen Stelle anmelden müssen, die für die nötige Publizität sorgt.» (S. 83); *Eggmann: Staat und Kartelle, S. 189 ff.* und dort zitierte Literatur.

⁶¹ Eine andere Frage ist es, ob man ein Register evtl. nur für die Kartelle im engeren Sinne schaffen will. Dieses könnte — bei einfacher Ausgestaltung — im Falle des inneren Kartellrechts möglicherweise wertvolle Dienste leisten.

ein Register nur sinnvoll ist, sofern es erschöpfende Auskunft auf eine bestimmte Frage gibt, dass aber andererseits auch ein noch so grosser Beamtenstab nie im Stande sein wird, die Unzahl relevanter Beschlüsse und Machtkonstellationen, die die Wirtschaft täglich erzeugt, zu verarbeiten. Isay behauptet deshalb⁶², dass für eine wirksame, auf einem Kartellregister beruhende Kartellüberwachung ein Beamtenapparat von denselben Dimensionen erforderlich wäre, wie sie der Produktionsapparat selbst aufweist! Die vielen Versuche, mit diesem wenig Erfolg versprechenden Instrument zu arbeiten, wurden mit Recht als «Akte der Verzweiflung» bezeichnet, die ein Licht auf jenen Punkt — wahrscheinlich den einzigen — werfen, in dem sich Kartellpolitiker, Kartellnationalökonom und Kartelljuristen einig sind: In der Erkenntnis der grossen Schwierigkeiten die sich im Kartell-Gebiet einer voll befriedigenden gesetzgeberischen Lösung entgegenstellen.

Abschnitt B:

Das Erfordernis der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkung als wirtschaftlich notwendige Korrektur

7. Kapitel

Die Trennung der beiden Wirkungsrichtungen

Bei der begrifflichen Klärung des Ausdruckes «vss-Auswirkungen» stellt sich in erster Linie die Frage, ob damit zwei von einander zu trennende Schädigungsgruppen gemeint sind. Ging der Gesetzgeber davon aus, dass neben spezifisch volkswirtschaftlichen Schädigungen, solche in Erscheinung treten können, die sich nur im Sozialen auswirken? Betrachtete er die beiden Gesichtspunkte als sich ausschliessende Gegensätze, oder erschienen sie ihm als Teile eines einheitlichen Begriffs, wie etwa «sozialer Auswirkungen in einem weiteren Sinn»?

Aus den Protokollen der parlamentarischen Beratung über die Revision der Wirtschaftsartikel, ergeben sich keine schlüssigen Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Frage. Ein gewisser Hinweis liegt höchstens in einem Votum des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission, nach dem der Kartellabsatz von «volkswirtschaftlichen und andern schädigenden Auswirkungen»¹ spreche. Fest steht — wie wir sahen — dass der Zusatz nicht zufällig in den Verfassungstext hineingekommen

⁶² Isay: Gutachten für den 35. dt. Juristentag, Salzburg, Bd. II, S. 731.

¹ *Sten. Bull.* StR.

ist; fest steht auch, dass die beiden Begriffe von Anfang an miteinander in Erscheinung traten.

Die Tatsache, dass sie stets in einem Atemzug genannt wurden, scheint darauf hinzuweisen, dass man mit ihnen einen einzigen Tatbestand bezeichnen wollte. Damit wäre eine gewisse Übereinstimmung mit der nationalökonomischen Begriffsbildung erzielt, versteht diese doch unter «Volkswirtschaft» nicht nur eine Gesamtheit wirtschaftlicher Güter, sondern auch den Verteilungsprozess, d. h. die Frage, inwiefern jedem Einzelnen Anteil an diesen Gütern verschafft werde, «... es ist nicht nur die Gesamtverfügung über eine bestimmte Gesamtmenge von wirtschaftlichen Gütern, die wir im Auge haben, sondern zugleich die Verteilung dieser Gesamtverfügung auf die einzelnen Glieder des Volkes»². Auf diese Weise bekommt das Wort «sozial» allerdings eine sehr enge Bedeutung; wesentlich enger beispielsweise als im Begriff der Sozialwissenschaften, der die Nationalökonomie als Teilgebiet mitumfasst. In dieser Fassung ist «sozial» scheinbar beinahe politisch zu verstehen, und zwar nicht sowohl den abhängigen Arbeiter als schwachen Teil, sondern insbesondere den Konsumenten betreffend. So werden wir im Folgenden den Begriff des Sozialen, losgelöst vom politischen Hintergrund, enger fassen als es die Sozialwissenschaft tut, d. h. wir werden mit ihm jenen Zustand kennzeichnen, der sich aus der Tatsache ergibt, dass jemand am Verteilungsprozess, am Verkehr mit Wirtschaftsgütern in irgend einer Form beteiligt ist.

Aus der vorerwähnten Tatsache, nach der nie ein Ausdruck allein, sondern stets die beiden zusammen erwähnt werden, kann indessen ebenso gut auf ein bewusstes Trennen der Gesichtspunkte geschlossen werden. In dieser Richtung weist auch der französische Text, der, eine klare Scheidung vornehmend, sagt: «remédier aux conséquences nuisibles d'ordre économique ou social». Ebenso führt, wenn auch weniger eindeutig, die wörtliche Auslegung des deutschen Textes zu einer Trennung, denn die beiden Ausdrücke werden einander durch das Wort «oder» gegenüber gestellt. Die Kritik der Wissenschaft an der Redaktion der Wirtschaftsartikel ist jedoch nicht sehr lobend ausgefallen³, und es erscheint deshalb

² *Amonn*: Volkswirtschaftl. Grundbegriffe, S. 35; ferner *derselbe*: Grundzüge der theoretischen Nationalökonomie, S. 169; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 86; *Böhler*: Grundlehren, S. 13, bezeichnet als Volkswirtschaften die «Wirtschaftskörper der Nationalstaaten als der Gesamtheit der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den staatlich verbundenen Wirtschaftssubjekten».

³ So *Schürmann*: Bemerkungen, S. 64; NZZ 9.6.47; auch *Nef* (Der richterliche Schutz der HGF, in: Freiheit, S. 196) findet den Art. 31 bis III textlich unklar; *Giacometti* (HGF nach den neuen Wirtschaftsartikeln d. BV, in: Freiheit, S. 182 f.): «Die Bestimmungen des Art. 31 bis III BV sind aber so kautschukartig, dass man nicht von einer Grenzziehung sprechen kann.»

recht fraglich, ob man auf die Formulierung dieses — möglicherweise zufälligen — Bindewortes abstellen kann⁴.

Es handelt sich dabei nicht bloss um einen Streit um Worte; von der Entscheidung dieser Frage wird der Anwendungsbereich und die Wirksamkeit eines zukünftigen Kartellgesetzes wesentlich beeinflusst. Die Frage muss aber von einem andern Gesichtspunkt aus gelöst werden:

Wir haben die Aufgabe der Kartellbestimmung wiederholt dahingehend umschrieben, dass durch sie das umfassende Konzentrationsverbot nach Art. 31 BV auf ein erträgliches Mass herabgemindert werde. Zudem stellten wir fest, dass man durch wiederholte Neuformulierung den Kompetenzbereich der Kartellbestimmung so zu umschreiben versuchte, dass bei möglichst geringer Hemmung des Wirtschaftsprozesses möglichst viele Einzelfälle erfasst werden können. Wenn man aber, wie wir oben sahen, das Soziale bloss als ein Teilgebiet des Volkswirtschaftlichen auffasst und auf Grund dieses Einheitsbegriffes den Anwendungsbereich der Kartellbestimmung umschreiben muss, so sind nur folgende beiden Lösungen denkbar: Entweder wird man dem Umfassenden gerecht und kommt zu einer so allgemeinen Formulierung, dass sie den Erfordernissen des Sozialen nicht entspricht; oder man versucht vom Gesichtspunkt des Sozialen aus, den Schädigungen zu begegnen, doch führt dies zu so speziellen Kriterien, dass damit im Bereich des volkswirtschaftlichen nichts anzufangen ist. Trennt man dagegen, von unserer Begriffsbestimmung ausgehend, die volkswirtschaftlichen von den sozialen Tatbeständen, so scheint es eher möglich, die kartellpolitischen Absichten der Wirtschaftsartikel zu realisieren. Somit kommen wir vorerst zu folgender Umschreibung — die allerdings später eine gewisse Korrektur erfahren wird:

Eine soziale Auswirkung der mit einer wirtschaftlichen Machtstellung versehenen Organisation liegt dann vor, wenn diese Organisation eine direkte Massnahme gegen die wirtschaftliche Freiheit eines Wettbewerbers — oder mehrerer bestimmter Wettbewerber — ergreift. (Blickpunkt: Anbieter, Nachfrager, Konkurrent.)

Eine volkswirtschaftliche Auswirkung einer solchen Organisation ist dort gegeben, wo durch eine bestimmte Massnahme auf die Gestaltung von Preis, Menge und/oder Qualität, das Wettbewerbsgut verändert wird. (Blickpunkt: Angebotenes, Nachgefragtes.)

Im Mittelpunkt steht eine besondere Massnahme, weshalb man nicht von einem «sozial schädlichen Kartell», einem «volkswirtschaftlich schäd-

⁴ Vergleichsweise sei daran erinnert, dass der Begriff «Kartelle und ähnliche Organisationen» in der französischen Fassung mit «des cartels ou des groupements analogues» wiedergegeben ist.

lichen Trust», etc. sprechen kann⁵, sondern nur von derartigen Auswirkungen solcher Organisationen. Das bedeutet: Eine wirtschaftliche Machtstellung als solche kann nie ex definitione schädlich sein, dagegen ist es möglich, dass sie nach beiden Richtungen hin schädliche Wirkungen erzeugt.

Das Unterscheidungsmerkmal ist kein rein formelles. Es ist klar abzuheben vom Gegensatz: Privatinteresse — öffentliches Interesse, denn in beiden Fällen steht, wie wir sehen werden, die Wettbewerbsordnung als solche (also ein Gegenstand des öffentlichen Interesses) im Mittelpunkt⁶. Praktisch wird es oft schwer sein, einen konkreten Fall auf der einen oder andern Seite einzuordnen, weil neben einer bestimmten Auswirkung unter Umständen noch weitere Auswirkungen, die aber möglicherweise wesensmässig zur andern Wirkungsgruppe zu zählen sind, als Nebenerscheinung auftreten können. Darauf kommen wir unten zurück.

Dafür ermöglicht die vorgenommene Zweiteilung, dass man dem dargelegten optimalen Punkt, in welchem eine möglichst umfassende Grenzziehung die geringsten Störungen im Wirtschaftsprozess erzeugt, relativ nahe kommt, da man im Bereich des Sozialen mit den Regelungen viel tiefer vordringen kann, als auf dem Gebiet der volkswirtschaftlichen Störungen. Dieser Umstand ist für die Wirksamkeit der Kartellgesetzgebung von grösster Bedeutung⁷. Die Erfahrungen, welche im Ausland mit Kartellgesetzen gesammelt wurden, zeigen eindrucklich, dass gerade die mangelnde Differenzierung zwischen Massnahmen, die die Wirtschaftlichkeit und solche die die wirtschaftliche Handlungsfreiheit im Auge haben, wesentlich zum Versagen dieser Ordnungsversuche beitrug⁸.

⁵ Zu einem ähnlichen Resultat kommt auch *Haus* (Cartels et rationalisation, S. 109) in seinem Schlusswort: «Le cartel est un instrument de la technique économique. L'instrument en lui-même n'a pas d'intention. On ne condamnera pas le marteau parce que certaines personnes s'écrasent les doigts. L'instrument n'a pas de morale.»

⁶ Auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Konzentrationerscheinungen lässt sich eine Unterscheidung nach privatem und öffentlichem Interesse schon deshalb nicht durchführen, weil der Begriff des öffentlichen Interesses nicht fassbar ist. Man kann ihn nicht mit dem «Interessen aller» gleichsetzen, da bei einer Kartellstreitigkeit notwendigerweise entgegengesetzte Interessen vorhanden sein müssen. Man kann ihn aber auch nicht als «Interesse der Mehrheit» auffassen, da er damit als Kriterium unbestimmt würde. Dazu *Schreier*: Aufgaben, S. 80.

⁷ Siehe insbesondere Schlusskapitel.

⁸ Trotzdem gab es zum Teil auch dort Anhaltspunkte, aus denen sich diese Zweiteilung hätte entwickeln lassen. Für die deutsche Kartellverordnung vgl. z. B. *Geiler*: Das Kartellproblem als Rechtsproblem (in: Frankfurter Zeitung 9.9.28). In dieser Richtung weist auch — ohne nähere Ausführung — eine Entscheidung des Reichswirtschaftsgerichtes v. 1939 (in: KR 1939, S. 601), wonach eine Kartellhandlung zulässig sei, «wenn darin weder eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls, noch eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Betroffenen» liegt. Bezeichnend zur Vermengung dieser beiden

Schon Isay hat darauf hingewiesen, wie gefährlich es ist, wenn man «die unbillige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen mit der Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls identifiziert»⁹.

8. Kapitel

Die sozial schädliche Auswirkung

1. Für die Umschreibung der sozialen Schädlichkeit stehen im Prinzip verschiedene Wege offen. Am nächsten liegt wohl der Versuch, diesen Begriff durch eine bloße Aufzählung von Tatbeständen inhaltlich festzulegen, wie es beispielsweise in § 4 II des deutschen Kartellgesetzes von 1923 getan wurde: «... wenn die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise und Bedingungen unbillig beeinträchtigt wird». Damit würde zweifellos ein wesentlicher Teil der konkreten, regelungsbedürftigen Auswirkungen des Konzentrationsprozesses erfasst, eine nicht unbedeutende Zahl anderer, ebenfalls schädlicher Wirkungen bliebe jedoch unbeachtet. Zudem bleibt eine aufzählende Umschreibung bei der äusserst komplizierten Verwicklung dieser Fälle solange wertlos, als die eingeführte Korrektur, d. h. das Moment der «unbilligen» Beeinträchtigung, unabgeklärt ist.

Wir gehen deshalb bei der Umschreibung der schädlichen Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen von der Bedeutung aus, die deren Massnahmen für die Wettbewerbsordnung haben; das heisst, wir beurteilen die sozialen Auswirkungen einer wirtschaftlichen Machtstellung auf Grund der Folgen ihrer (gegen einen oder mehrere bestimmte Wettbewerber gerichteten) Massnahme auf die Wettbewerbsordnung.

Von diesem Vorgehen ist jene, scheinbar näher liegende Lösung scharf zu trennen, die auf die Wirkung der Kartellmassnahme auf die Person des «angegriffenen» Wettbewerbers abstellt. Da vom einzelnen Wettbewerber aus gesehen, jede erfolgreiche Handlung eines Konkurrenten als Beeinträchtigung der eigenen wirtschaftlichen Entfaltung¹ erscheint, würde ein solches Gesetz gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung

Problemkreise im deutschen Kartellrecht ist der Hinweis *Eggmanns*: Staat und Kartelle, S. 198.

⁹ *Isay*: Gutachten zum 35. dt. Juristentag (herausgegeben vom Schriftführer des Amtes der ständigen Deputation).

¹ Dazu auch *Germann* (Unlauterer Wettbewerb, S. 292): «Fast jeder Wettbewerb bringt es mit sich, dass dadurch Konkurrenten in ihren Erfolgsaussichten beeinträchtigt werden. Insofern ist die Behinderung von Mitbewerbern ein natürlicher Ausfluss der freien Konkurrenz.»

implicite ein subjektives öffentliches Recht der wirtschaftenden Persönlichkeit schaffen². In dieser Richtung deuten auch einige Entscheide des Bundesgerichtes, in denen — vom bedrohten Wettbewerber ausgehend — von einem Anspruch auf «Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit»³, auf freie «Entfaltung ihrer Kräfte im Wirtschaftsleben»⁴ gesprochen wurde.

Allein, gegen eine solche Lösung erheben sich aus zwei Gründen Bedenken: Einerseits führt ein dermassen intensiver Schutz der wirtschaftenden Persönlichkeit erfahrungsgemäss, ja begriffsnotwendig zu einem absoluten Kartellverbot, denn alle Erscheinungsformen des Konzentrationsprozesses haben für die Konkurrenten, bzw. — im Falle des Kartells im engeren Sinne — für die eigenen Mitglieder, eine Einschränkung in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung zur Folge. Nach unseren früheren Darlegungen kommt aber ein solches Verbot bei der heutigen verfassungsrechtlichen Situation nicht in Frage. Andererseits muss man sich darüber im Klaren sein, dass ein Recht auf «freie Entfaltung ihrer Kräfte im Wirtschaftsleben» gar nicht gewährleistet, sondern nur gewährt werden könnte. Solange jedoch die Wettbewerbswirtschaft grundsätzlich beibehalten werden soll, ist dieses Postulat nicht realisierbar, weil es immer Stärkere und weniger Starke geben wird, so dass der eine immer im Vergleich zum andern in seiner wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit eingeengt sein wird⁵.

Auch diese Überlegungen zeigen, dass eine wirksame Gesetzgebung

² *Germann* (a. a. O., S. 237) erwähnt auch die deutsche Theorie vom «subjektiven öffentlichen Recht am Unternehmen». Die Vertreter dieser Lehre (z. B. *Callmann*) stützen sich dabei auf das Reichsgericht, welches ein solches Recht «am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb» anerkennt. Damit hängt zweifellos auch der interessante Vorschlag *v. Beckerath's* (Der moderne Industrialismus, S. 235) zusammen, wonach gegen bestehende Aussenseiter der Rahmen der erlaubten Kampf-massnahmen sehr eng zu ziehen ist, gegen Neugründungen aber auch an sich verbotene Methoden erlaubt sein sollen. (Zitiert nach *Wolfer's*: Kartellliteratur, S. 147.) Ein derartiger Schutz des status quo ist vom Standpunkt einer gesunden Wettbewerbsentwicklung zweifellos abzulehnen. Er widerspricht ganz besonders der neuesten — vor allem in der amerikanischen Rechtssprechung erkennbaren — Tendenz, das Kartellrecht unter dem Gedanken eines New-comer-Schutzes teilweise abzuändern (vgl. unten S. 98).

³ BGE 42 II 599, 46 II 427, 52 II 354; vgl. *Castelberg*: Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts, S. 94; *Germann*: Grundfragen des strafrechtlichen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb (in: Festgabe der Basler Juristenfakultät 1942) S. 108; *Bühler*: Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, S. 52 ff.; *Feldmann*: KTM, S. 62 ff.

⁴ BGE: 40 II 619, 52 II 383. Dagegen *Germann* (Strafrechtlicher Schutz S. 109): Es gehört «vielmehr zum Wesen des Wettbewerbs, dass hier keine von vornherein gesicherte Existenz anerkannt, sondern der Weg frei gehalten wird für den Tüch-tigern und seine schöpferischen Kräfte».

⁵ In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, dass man bei der endgültigen Fassung der Wirtschaftsartikel den Ausdruck «der Sicherung der Existenz der

gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen nur von der Wettbewerbsordnung, als einem objektiven Tatbestand, ausgehen kann⁶. Eine ähnliche Entscheidung hat der schweizerische Gesetzgeber schon bei der Ausgestaltung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb getroffen, wo er den «Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs» in den Mittelpunkt stellte⁷. Damals führte der Bundesrat in einer Botschaft aus: «Im Gegensatz zum Entwurf von 1934, der in seiner Generalklausel vom Eingriff in bestimmte Persönlichkeitsrechte der Mitbewerber ausging, und den subjektiven Schutz des im Einzelfall verletzten Mitbewerbers in den Vordergrund stellte, soll in erster Linie der freie Leistungswettbewerb als eine der wesentlichsten Grundlagen geschützt werden»⁸.

Wenn wir auf die Wettbewerbsordnung abstellen, genauer: auf den sozialen Aspekt der Wettbewerbsordnung — als der Gesamtheit der wirtschaftlichen Beziehungsvorgänge unter den Wirtschaftssubjekten — so liegt es nahe, die Methode, mittels der der einzelne Wirtschaftler im Wettbewerbsprozess tätig wird, zum Kriterium für die Trennung der sozial schädlichen von den nicht schädlichen Auswirkungen zu machen. Erfahrungsgemäss fallen nämlich die objektiv feststellbaren Wettbewerbsmethoden der Kartelle und der ähnlichen Organisationen in zwei Gruppen: Entweder führen sie zu einem mehr oder weniger intensiven Wettbewerbsprozess, und entsprechen damit der zu Grunde liegenden Ordnungsvorstellung, oder sie erzeugen einen Zustand, in dem jede wettbewerbliche Tätigkeit erstickt wird. Vom «angegriffenen» Wettbewerber aus gesehen: Entweder wird er in seiner wirtschaftlichen Entfaltung be-

Bürger», der in der ersten nationalrätlichen Fassung in Art. 31 bis, Abs. I BV enthalten war, bewusst fallen liess. (Vgl. *Schürmann*: Bemerkungen, S. 11.)

Ähnlich hat auch schon der Handels- und Industrieverein in seinen *Anträgen* zur Revision der Wirtschaftsartikel, auf diese Tatsache hingewiesen: «Die Existenzsicherung des einzelnen Bürgers entstammt überdies Auffassungen, die zu unserer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung in Widerspruch stehen... Dem Bund würden... Pflichten auferlegt, die er nicht erfüllen könnte.» (Basler Nachrichten 30. I. 46.)

⁶ Vgl. dazu etwa das bei *Kuhr* (in: KR 1931, S. 91) zitierte amerikanische Urteil: «we were not so much concerned with the injury done to particular individuals as with the most efficient functioning of the economic order.»

⁷ Art. 1 uWG (Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb): «Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen.»

⁸ *Botschaft* des Bundesrates zum uWG v. 3. 11. 42, S. 10. Bevor dieses Gesetz eingeführt wurde, kannte die schweiz. Rechtsprechung — wie wir sahen — den Begriff des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts, indem OR 48 als Ausführungsnorm zu ZGB 28 betrachtet wurde. (Vgl. *Egger*: Kommentar ZGB 28 No. 17 + 63.) Das neue Gesetz schützt aber «die Materie der Wettbewerbsordnung selbst, aus der Erkenntnis, dass die Wettbewerbsbefugnis keine absolute ist, dass vielmehr Schranken bestehen, die dem Wettbewerb immanent sind». (*Castelberg*: Grundlagen, S. 101.)

schränkt zu *Folge* der Tatsache, dass noch andere Wettbewerber auf dem Gebiet tätig sind. Oder aber: Die Beeinträchtigung stellt das *Mittel* dar, durch das die andern tätig werden. Vom «angreifenden» Wettbewerber aus gesehen: Er kann seine wirtschaftliche Machtstellung benutzen, um:

a) im «um-die-Wette-werben» mit Leistungen aufzuwarten, denen der Gegner nichts entsprechendes entgegensetzen kann, so dass dieser das Nachsehen hat. Wir nennen diesen Fall in Anlehnung an Nipperday Leistungswettbewerb⁹.

b) die Durchführung des «um-die-Wette-werbens» durch Behinderung, eventuell Vernichtung des Gegners zu verunmöglichen, damit er seine wirtschaftlich oft nicht gerechtfertigte Tätigkeit unbehindert entfalten kann. Terminologisch folgen wir auch hier Nipperday, der die Bezeichnung «Behinderungswettbewerb» verwendet¹⁰.

Für diejenigen Staaten, deren Wirtschaftsverfassung auf der Garantie des freien, aber nicht schrankenlosen Wettbewerbs aufbaut, bedeutet diese Zweiteilung, dass wohl die leistungswettbewerblichen Massnahmen, als der Wirtschaftsverfassung konform, geduldet werden müssen¹¹, dass dagegen der Behinderungswettbewerb von ihr ausgeschlossen wird, weil er sich gegen ihre ideellen Grundlagen richtet.

Auch Böhm baut seine bedeutende Arbeit über Wettbewerb und Monopolkampf auf der Antinomie: Leistungswettbewerb — Behinderungswettbewerb auf¹². Da er aber diese Grundbegriffe anders auf die tatsäch-

⁹ Nipperday: Wettbewerb und Existenzvernichtung (in: KR 1930, S. 127 ff.), er definiert: «... Wettbewerbshandlungen, die in der Ausdehnung des eigenen Geschäftsbetriebes, genauer in der Förderung des Absatzes mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen»

¹⁰ Nipperday a. a. O. bezeichnet den Behinderungswettbewerb als «Wettbewerbshandlungen, die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen.»

Dieser Begriff ist nicht identisch mit dem Begriff des «Nicht-Leistungswettbewerbers» den z. B. Castelberg (Grundlagen, S. 82 ff.) als Korrelat des Leistungswettbewerbers verwendet. Der Nichtleistungswettbewerb umfasst neben der Behinderung des Gegners auch die unkorrekte Förderung der eigenen Leistung mit sog. unlautern Mitteln (Täuschung, etc.).

¹¹ Ähnlich äusserte sich auch der Bundesrat in seiner *Botschaft* zum uWG (ad Art. 1): «Der Sinn der freien Konkurrenz liegt im Leistungsprinzip». German (in: ZbJV 1936, S. 59 f.): «Der Leistungswettbewerb allein entspricht dem Sinne des Grundsatzes der freien Konkurrenz. Dass der weniger Leistungsfähige verdrängt und unter Umständen in seiner mit vieler Mühe errungenen wirtschaftlichen Existenz erschüttert werde, ergibt sich hieraus als notwendige Folge.» Vgl. auch Castelberg: Grundlagen, S. 83. In der Entscheidung 52 II 381 weist das Bundesgericht ausdrücklich darauf hin, dass es zulässig sei «den andern mit seinen Leistungen zu überbieten».

¹² Etwas durchaus anderes liegt bei der Gegenüberstellung von Leistungswettbewerb und spekulativem Wettbewerb vor. (So Kuhr, in: KR 1940, S. 133). Unseres Erachtens ist eine Trennung dieser beiden Begriffe überhaupt nicht möglich, denn der spekulative Wettbewerb ist sehr oft ein Akt des Leistungswettbewerbs.

lichen Gegebenheiten anwendet als wir es hier tun, kommt er auch zu einer andern Ausgangsstellung: «Der Wettbewerber kämpft, um in einem konkurrenzbeherrschten und konkurrenzbestimmten Marktzustand wirtschaftlich bestehen zu können oder wirtschaftlich vorwärts zu kommen. Der Monopolkämpfer aber kämpft... um den konkurrenzbeherrschten und konkurrenzbestimmten Marktzustand, den der normale Wettbewerber als Schicksal hinnimmt, zu beseitigen oder einzuschränken, und sich durch diese Veränderung der Marktverfassung zusätzliche Gewinnmöglichkeiten zu eröffnen¹³.» Wo der Monopolkämpfer in dieser Weise mit dem «Behinderungswettbewerber» identifiziert wird, ist es nicht erstaunlich, dass — wie es auch Böhm später getan hat — das Postulat einer kartellprohibitiven Gesetzgebung erhoben wird¹⁴.

Allein, sobald man auf den oben entwickelten Monopolbegriff, bzw. auf jenen Begriff der wirtschaftlichen Machtstellung zurückgreift, wird es klar, dass derartige Organisationen, so gut wie andere Wirtschaftssubjekte, nach den Regeln des Leistungswettbewerbes wirtschaftlich tätig werden können.

2. So nahe es liegt, den Missbrauch vom erlaubten Gebrauch einer Machtstellung auf Grund dieses Gegensatzes von Behinderungs- und Leistungswettbewerb zu scheiden, so sehr wird die Verwirklichung dieses «Rezeptes» dadurch erschwert, dass es in der Praxis oft äusserst schwierig ist, die strittigen Fälle auf der einen oder andern Seite einzuordnen. Das erstrebte Nahziel (leisten — behindern) einer bestimmten Massnahme kann nämlich nicht zwingend auf Grund der eingetretenen Folgen ermittelt werden, denn ein grosser Teil der Massnahmen des Behinderungswettbewerbes, zeitigt Nebenerscheinungen, die den Auswirkungen der leistungstypischen Massnahmen ähnlich sind, und umgekehrt¹⁵. Haben wir nicht gesehen, dass jeder Einsatz im Leistungswettbewerb eine zeitlich und örtlich begrenzte Behinderung des besiegten Gegners bedingt? Und kann andererseits die Verstopfung einer Kreditquelle (um ein typisches Beispiel einer Behinderungsmassnahme zu nennen) nicht dadurch

¹³ Böhm: Wettbewerb u. Monopolkampf, S. 1 (weniger eindeutig in dieser Beziehung auf S. 76).

¹⁴ Eine ähnliche Ansicht wie Böhm vertritt *Homburger*, S. 68, wonach die Rentabilitätssteigerung «durch Organisierung auf vertraglicher Grundlage unter teilweiser oder gänzlicher Ausschaltung der Konkurrenz... grundsätzlich dem Leistungsprinzip widerspricht. Er (dieser Weg) muss deshalb den Wirtschaftlern verschlossen werden».

¹⁵ Unbefriedigend wäre es auch, die Frage durch eine Abstufung je nach der Intensität der Folgen zu lösen, in dem Sinne etwa, dass man nur bei totaler oder $\frac{3}{4}$ Behinderung das Vorliegen dieser Wettbewerbsart annehmen würde. Vgl. *Nipperday*: Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 140 f.

getarnt werden, dass man den Kredit, scheinbar zur Steigerung der eigenen Leistung, selbst in Anspruch nimmt? Will man in diesen Fällen allein darauf abstellen, was die in Frage stehenden Wettbewerber als unmittelbare Absicht bezeichnen?

Das bedeutet: Die zur Anwendung gekommene Wettbewerbsmethode steht nicht zwingend im Dienste des einen oder andern Ziels. Da aber der Kreis der in der Praxis verwendeten Methoden beschränkt ist, wird — wie wir unten sehen werden — dem Gesetzgeber die Möglichkeit geboten, die einen Methoden als leistungs-, die andern als behinderungstypisch zu bezeichnen. Diese Tatsache vereinfacht die Lösung unseres Problems ganz wesentlich. Indessen ist eine derartige Gliederung noch zu wenig differenziert um allein eine genügende Grundlage für die Beurteilung der einzelnen «Kartell»-Massnahmen zu sein.

Zusammenfassend kommen wir somit zu folgender Feststellung: Der objektive Tatbestand, d. h. die im konkreten Falle angewandte Methode eignet sich nicht — wenigstens nicht ausschliesslich als Beurteilungsgrundlage; andererseits aber ist es auch nicht möglich, allein vom subjektiven Tatbestand, d. h. vom verfolgten Nahziel, auszugehen. Deshalb liegt es nahe, mit Böhm¹⁶ die beiden Gesichtspunkte zu verbinden: «...so würde also das ganze Gebiet des Wirtschaftskampfes in objektiver Hinsicht in zwei Methodengruppen zerfallen, und zwar erstens in die Gruppe derjenigen Kampfmethoden, die eine wettbewerbsmässige Beschaffenheit aufweisen, und zweitens in die Gruppe derjenigen Kampfmethoden, bei denen dies nicht der Fall ist. Ferner würde jede dieser beiden Gruppen durch den Hinzutritt des subjektiven Elementes eine Unterteilung erfahren...» Dabei liegt es in unserem Falle nahe, das, durch die umstrittenen Wettbewerbshandlung erstrebte Nahziel als subjektives Moment zu betrachten, d. h., die Unterteilung der verwendeten Methoden auf Grund des Begriffspaares Leistungs- und Behinderungsabsicht durchzuführen.

Wenn wir im Folgenden versuchen, diese Kombination von objektiven Wettbewerbsmethoden und subjektiven Wettbewerbszielen für die Festlegung der sozial schädlichen Auswirkung fruchtbar zu machen, so sehen wir, dass vier Möglichkeiten denkbar sind: Leistungstypische Methode als Instrument einer Leistungsabsicht, leistungstypische Methode als Instrument einer Behinderungsabsicht, behinderungstypische Methode als Instrument einer Leistungsabsicht, behinderungstypische Methode als Instrument einer Behinderungsabsicht¹⁷. Zur Vereinfachung nehmen wir

¹⁶ Böhm: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 68 f.

¹⁷ Diese Kombination ermöglicht eine viel weitgehendere Differenzierung als sie z. B. das Bundesgericht vornimmt, wenn es unterscheidet zwischen einer Mass-

dabei im Sinne unserer früheren Ausführungen an, dass man sich darüber geeinigt habe, was als leistungstypische, bzw. behinderungstypische Methode anzusehen sei. Wir werden auf diese Frage unten noch einmal zurückkommen¹⁸.

Wenn wir, von den eingangs gemachten Erörterungen ausgehend, jede Form des Behinderungswettbewerbes — aber nur dieses — als eine sozial schädliche Auswirkung ansehen, so ist die Beurteilung von zwei Kombinationen von vorne herein klar: Die mit leistungstypischen Methoden realisierte Leistungsabsicht, und die mit behinderungstypischen Methoden verwirklichte Behinderungsabsicht. Etwas schwieriger ist die Frage im Falle der beiden andern Möglichkeiten.

Auch in denjenigen Fällen, in denen behinderungstypische Methoden im Dienste des Leistungswettbewerbes verwendet werden, scheint es nach dem Grundsatz, dass der Zweck die Mittel nicht heilige, gegeben, diese Tatbestände zu den sozial schädlichen zu zählen. Weil wir hier aber auf den Wettbewerb als solchen abstellen, ist dieser Schluss unrichtig, denn, obwohl sich solche Massnahmen in der Person eines oder mehrerer bestimmter Wettbewerber als Behinderung auswirken, wird dadurch — wegen der Leistungsabsicht — die Wettbewerbsordnung objektiv (worauf es allein ankommt!), nicht tangiert. Zudem kommt es öfters vor, dass sich die beabsichtigte Verwendung von leistungstypischen Methoden faktisch als behinderungstypisch erweist; diese Wettbewerbsfälle sind folglich — im Hinblick auf die verfolgte Absicht — grundsätzlich als Leistungswettbewerb und damit als sozial nicht schädliche Auswirkung wirtschaftlicher Betätigung zu werten.

So bleibt noch jene Möglichkeit übrig, wo unter Verwendung leistungstypischer, also guter Methoden eine Behinderungsabsicht verwirklicht werden soll¹⁹. Da auch hier, wie in den andern Fällen auf die objektive Wettbewerbsordnung abzustellen ist, muss eine solche Massnahme als ein Akt des Behinderungswettbewerbes beurteilt werden; dies umso mehr, als nach bekannten Rechtsgrundsätzen, die Ausübung klaren Rechts dort unstatthaft ist, wo dies aus blosser Schädigungsabsicht geschieht²⁰.

Die Hinweise auf diese beiden Möglichkeiten sind insbesondere deshalb bedeutungsvoll, weil in ihnen ein wesentlicher Unterschied zwischen

nahme, bei der es sich um einen natürlichen Ausfluss der freien Konkurrenz handelt und künstlichen Zwangsmitteln, mit denen der Zweck verfolgt wird, einen unbehaglichen Konkurrenten mit Gewalt gefügig zu machen. (*Praxis* des Bundesgerichtes 21, S. 364.)

¹⁸ Vgl. unten S. 91.

¹⁹ Als Beispiel nennen wir den Kauf bestimmter Rohstoffe, mit denen nicht die eigene Produktion erweitert, sondern ein Gegner kalt gestellt werden soll.

²⁰ Anderer Ansicht scheinbar *Castelberg* (Grundlagen, S. 86), obwohl auch er sonst auf den Zweck abstellt: «Im Leistungswettbewerb ist der Zweck irrelevant.»

der Idee der sozial schädlichen Wirkung und jener des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des Bundesgesetzes von 1943 zum Ausdruck kommt. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb stellt in seinem Artikel 1 eindeutig und ausschliesslich auf das Mittel ab; der Zweck spielt dabei nur insofern eine Rolle, als die im Gesetz aufgezählten Mittel im Zusammenhang mit einer Wettbewerbshandlung in Erscheinung treten müssen²¹. Germann geht allerdings wesentlich weiter. Nach ihm ist der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des erwähnten Gesetzes auch dann erfüllt, wenn «die Massnahme offenbar gar keinen andern unmittelbaren Zweck hat, als den Wettbewerber zu behindern»²². Wir können uns dieser Meinung nicht anschliessen, denn sie widerspricht u. E. dem Wortlaut des Gesetzes, nach welchem die Frage der Zulässigkeit einer bestimmten Wettbewerbshandlung auf Grund des verwendeten Mittels zu entscheiden ist²³. Indessen sei aber hier schon darauf hingewiesen, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, den sozial schädlichen Auswirkungen im Sinne der Kartellbestimmung mit dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb beizukommen, vorausgesetzt, dass man dieses nach bestimmten Richtungen hin abändert²⁴.

²¹ Vgl. die erwähnte *Botschaft* des Bundesrates zum uWG, S. 24: «Die sog. Spezialtatbestände fallen also nur unter das Wettbewerbsgesetz, wenn die genannten Handlungen im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Konkurrenzkampf stehen. ... Wo dies nicht der Fall ist, wie z. B. bei Ehrverletzung ... ist das Wettbewerbsgesetz nicht anwendbar.»

²² *Germann*: Unlauterer Wettbewerb, S. 295. Er stützt seine Ausführungen zuerst mit einem negativen Beweis: «Schon in der ersten Expertenkommission ist ... nachdrücklich darauf hingewiesen worden, u. W. dürfte nicht wegen der Folgen, sondern nur wegen der Mittel angenommen werden: „Mittel“ wurde somit nicht im Gegensatz zum Zweck, sondern zu den schädigenden Folgen ... gestellt» S. 293. Daraus den Schluss zu ziehen, dass man auf den Zweck abstellen könne, scheint uns aber nicht leuchtend: Wenn gesagt wird, man dürfe nicht auf die Folgen abstellen, so wird damit eine Tatsache erwähnt, die heute nicht mehr bestritten ist. Die Idee des Zweckes bleibt dabei völlig ausser Betracht, und es wird nichts darüber ausgesagt, ob man den Zweck dem Mittel oder der Folge gleichstellen will. Wenn er weiter argumentiert: «... was als Zweck erscheint in bezug auf ein untergeordnetes Mittel, kann selbst wieder bloss Mittel sein zu weiterreichendem Zweck ...», so führt das in einen Relativismus, der die Begriffe Mittel und Zweck völlig aushöhlt. Vgl. dagegen *Germann* selbst (in: ZbJV 1936, S. 60): «Entscheidend ist, ob die Mittel, die er verwendet, dem Leistungsprinzip entsprechen.»

²³ Gleicher Ansicht *Castelberg*: Grundlagen, S. 103. Dagegen vertritt *Naegeli* (Kartelle in der Wettbewerbsordnung, S. 181) eine ähnliche Ansicht wie *Germann*. Er anerkennt zwar, dass das Gesetz bei der Beurteilung des Missbrauchs des Wettbewerbs auf das Mittel abstellt, doch schliesst das seines Erachtens nicht aus, «dass auch gegen Treu und Glauben verstossende Zwecke einer Wettbewerbshandlung dem neuen Wettbewerbsrecht (uWG, Verf.) unterliegen können.»

²⁴ Zur gegenseitigen Beziehung dieser beiden Gedankenkreise auch *Trumpler*: Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 2 ff.; *Tschierschky*: Kartellpreis und Wettbewerb (in: KR 1932, S. 435 ff.; 1933, S. 89 ff.); *Charter*: Unlauterer Wettbewerb und Preisunterbietung (in: KR 1937, S. 168 ff.).

So kommen wir, die vorstehenden Erörterungen über die verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten zusammenfassend, zu folgendem Resultat: Eine sozial schädliche Wirkung eines Kartells (oder einer ähnlichen Organisation), liegt vor, sobald dieses einen behinderungstypischen Zweck verfolgt. Das bedeutet: Die Beurteilung der sozialen Schädlichkeit derartiger Auswirkungen ist völlig auf Grund der subjektiven Absicht des Handelnden vorzunehmen, statt — wie es scheinbar näher liegen würde — auf Grund der persönlichen Verhältnisse des Betroffenen. Stehen wir damit aber nicht wieder am Ausgangspunkt unserer Erörterungen? Welche praktische Bedeutung hat dann die Eingliederung der verschiedenen Wettbewerbsmethoden in den Erkenntnisvorgang?

Die Kombination des objektiven mit dem subjektiven Moment ist vor allem für die Verteilung der Beweislast bedeutungsvoll. Erfahrungs-gemäss kann nämlich derjenige, der durch die Massnahme eines Konkurrenten in der Entfaltung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit eingeschränkt wird, in den meisten Fällen den Nachweis nicht erbringen, dass der Gegner Behinderungsabsichten verfolge. Dagegen liegt es durchaus im Bereiche des Möglichen, die Verwendung bestimmter behinderungstypischer Methoden auf der Gegenseite nachzuweisen. Umgekehrt kann der «angreifende» Wettbewerber recht wohl die Zulässigkeit des von ihm verfolgten Zieles dartun, d. h. für ihn ist der Nachweis, dass seine umstrittene Massnahme im Dienste leistungswettbewerblicher Absichten stehe, praktisch möglich. Deshalb könnte die Beweisfrage, die eines der schwierigsten Probleme jeder Kartellgesetzgebung darstellt, mit einigen Erfolgsaussichten in folgender Weise gelöst werden:

Wer in der Entfaltung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit eingeschränkt wird, hätte nachzuweisen, dass der Gegner eine bestimmte behinderungstypische Methode anwendet. Wäre dieser Beweis gelungen, so würde damit die Vermutung geschaffen, dass ein Akt des Behinderungswettbewerbs, also eine sozial schädliche Auswirkung der gegnerischen Machtposition vorliege; dem «vermuteten Behinderer» bliebe aber die Möglichkeit des Entlastungsbeweises offen, kommt es doch, wie wir sahen, bei der endgültigen Beurteilung einer Wettbewerbshandlung nur auf das subjektive Moment an, auf die Frage, ob eine leistungswettbewerbliche *Absicht* verfolgt wurde oder nicht. Dagegen würde die Beweislast in jenen Fällen, in denen ein Wirtschaftler glaubt, das Opfer einer gegnerischen Behinderungsabsicht zu sein, trotzdem der Gegner erkennbar nur zulässige, leistungstypische Mittel verwendet, völlig auf der Seite des Betroffenen liegen. Er hätte das Vorhandensein einer verbotenen Absicht des andern nachzuweisen. Aus nahe liegenden Gründen wird dieser Beweis praktisch kaum je gelingen; diese Fälle sind indessen sehr selten, und können — wie wir unten sehen werden — gesetzgeberisch dadurch

noch vermindert werden, dass unklare Methoden als behinderungstypisch charakterisiert werden.

3. Diese Erörterung der Beweisfrage gibt uns nämlich gleichzeitig einen Hinweis für die gesetzgeberische Eingliederung der verschiedenen Wettbewerbsmethoden in die eine oder andere Typengruppe, insbesondere bei denjenigen Fällen, die von der Wissenschaft verschieden beurteilt werden. Als eindeutig behinderungstypisch ist die Sperre zu betrachten, ferner der Exklusivvertrag, die Festlegung unterschiedlicher Preise und Bedingungen zum Nachteil²⁵ eines Bestimmten, die Verrufserklärung (schwarze Liste) sowie verschiedene Tatbestände des inneren Kartellrechts (vor allem die unverhältnismässig starke Bindung²⁶).

Ein Grenzfall stellt die Preisunterbietung dar²⁷, die Nipperdey²⁸ beispielsweise vorbehaltlos in die Gruppe der leistungstypischen Methoden einreicht, während die Gerichte²⁹ in ihrer Beurteilung vorsichtiger waren. Zum Teil erklärt sich diese verschiedene Beurteilung wohl daraus, dass es keine objektiven, zwingenden Merkmale gibt, um den durch bessere Leistung entstandenen niedrigeren Preis oder den vom rein wettbewerblichen Gesichtspunkt aus erlaubten Verlustpreis³⁰ von der unerlaubten Kampfpreisunterbietung zu scheiden. Zu einer eindeutigen Beurteilung kommt man lediglich im Falle der regional verschiedenen Preisunter-

²⁵ Dagegen ist — im Unterschied zur vorherrschenden amerikanischen Auffassung — der unterschiedliche Preis zum Vorteil eines Bestimmten (z. B. Grossabnehmer) hier wohl nicht als behinderungstypisch zu bezeichnen. Das Problem der Preisdifferenzierung ist sehr umstritten. Wenn wir uns hier vorbehaltlos auf den Standpunkt stellen, dass nur die benachteiligende Differenzierung als Behinderungsmethode anzusprechen ist, so hängt das mit der grundsätzlichen Ausscheidung des volkswirtschaftlichen Gesichtspunktes zusammen. (Vgl. unten.) Zum Problem der Preisdifferenzierung auch *Wolfers: Kartellliteratur*, S. 60.

²⁶ Es handelt sich hier nur um Hinweise; der Katalog wäre von nationalökonomischer Seite aus zu überprüfen und zu vervollständigen.

²⁷ Wir berühren dieses Thema nur im Vorübergehen und weisen auf die Spezialuntersuchungen hin; vor allem *van Dam: Preisunterbietung* 1935.

²⁸ *Nipperdey: Leistungswettbewerb und Existenzvernichtung* (in: KR 1930, S. 147).

²⁹ Zur Haltung des dt. Reichsgerichts vgl. *Böhm: Wettbewerb und Monopolkampf*, S. 183; zur bundesgerichtlichen Einstellung: *van Dam: Preisunterbietung*.

³⁰ Während *Hug* (in: Festgabe für Schulthess, S. 65) die Verlustpreisunterbietung als grundsätzlich unzulässig erklärt, weist *Ger mann* (unlauterer Wettbewerb, S. 284) darauf hin, dass ein solches Vorgehen die freie Preisgestaltung überhaupt in Frage stellen würde. Auch das Bundesgericht hat erklärt, dass der Verlustpreis nicht in allen Fällen den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfülle. *BGE* 52 II 381, 57 II 339. Erwähnt sei auch das ehemalige freiburgische Wettbewerbsgesetz v. 1900, das bei der Beurteilung des Verlustpreises ebenfalls auf den Zweck abstellt: (Art. 4) «Celui qui dans le but de ruiner le commerce ou l'une des branches du commerce d'un ou de plusieurs de ses concurrents met en vente au-dessous du prix de revient, une quantité considérable de marchandises, est passible des peines...»

bietung, d. h. dort, wo eine mit wirtschaftlicher Machtstellung versehene Organisation nur in jenem beschränkten Teil ihres Marktes zu Verlustpreisen (oder auffallend billigen Preisen) verkauft, in welchem sich ein besonderer Konkurrent befindet. Der Behinderungscharakter dieser Massnahme tritt insbesondere dann klar zu Tage, wenn sie auf dem restlichen Markt zu einer Preiserhöhung, bzw. einer nicht gerechtfertigten Preishochhaltung führt. Solche Fälle sind in ausländischen Kartellgesetzgebungen bzw. von den betreffenden Gerichten fast durchgehend als Missbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung bezeichnet worden. Besonders instruktiv ist dabei der häufig zitierte Reichsgerichtsentscheid im Düsseldorfer Benzinfall von 1930, den man als das Schulbeispiel par excellence der deutschen Vorkriegskartellliteratur zur Preisunterbietungsfrage bezeichnen kann: Ein mit billigeren Gestehungskosten arbeitender Tankstellenbesitzer, gab sein Produkt unter dem Kartellbenzinpreis ab, denn als Aussenseiter war er an diesen nicht gebunden. Die vom Kartell verhängte regionale Preisunterbietungsmassnahme wurde vom Reichsgericht als unzulässig erklärt³¹.

Angesichts der Unmöglichkeit, die von einem gegnerischen Wettbewerber verfolgte Absicht nachzuweisen, müsste eine Kartellgesetzgebung, welche auf der dargelegten Kombination objektiver und subjektiver Momente aufbaut, aus praktischen Überlegungen wohl jede Form der Preisunterbietung zum Nachteil eines bestimmten Wettbewerbers unter den behinderungstypischen Methoden einreihen³². Damit wäre die Frage der sozialen Schädlichkeit solcher Akte zwar präjudiziert; die endgültige Beurteilung einer konkreten Preisunterbietung hätte aber auch hier ausschliesslich auf Grund des angestrebten Nahzieles zu erfolgen.

Aus unseren Erörterungen folgt — bei konsequenter Weiterführung — ein weiteres: Die Behinderung der wirtschaftlichen Tätigkeit, ja sogar die wirtschaftliche Ruinierung eines Wettbewerbers (vor allem durch das Mittel des Boykottes³⁴), ist an sich kein Kriterium für die soziale Schädlichkeit dieser «Kartell»-Massnahme³³. Darnach würden selbst so

³¹ Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen 1931: 134, 342. Dieser Entscheid führte zu einer heftigen Auseinandersetzung in der deutschen Kartellliteratur; vgl. KR Jahrgänge 1930—32. *Van Dam*: Preisunterbietungen, S. 16, 31; *Callmann*: Kampfpreis (in: Markenschutz und Wettbewerb, S. 572). Weitere Beispiele regionaler Kampfpreisunterbietungen bei *Germann*: Unlauterer Wettbewerb, S. 290 f.; vgl. auch BGE 58 II 561; 61 II 347.

³² Von der Preisunterbietung ist der (allgemein) niedrige Preis zu unterscheiden. Auf diese Frage werden wir im Zusammenhang mit der volkswirtschaftlichen Auswirkung der Kartelle zurückkommen.

³³ Vgl. *Nipperdey*: Wettbewerb und Existenzvernichtung: «Leistungswettbewerb ... ist unbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf die den Wettbewerber treffenden schädlichen Folgen und deren Ausmass, also bis zur Existenzvernichtung, zulässig.»

³⁴ Zum Boykott vgl. *Homburger*, S. 50 ff.; und die dort zitierte Literatur. Es

tiefgreifende Auswirkungen einer wirtschaftlichen Machtstellung, wie die Vernichtung des Gegners nicht in jedem Falle zu sozial Schädlichen im Sinne unserer Ausführungen, gestempelt. Dies scheint, rein wirtschaftlich betrachtet, gar nicht abwegig; nach einer verbreiteten Ansicht ist es rein «volkswirtschaftlich, eine Errungenschaft, wenn ein Gericht unter Umständen sogar einen Boykott zu schützen vermag, der auf die Liquidierung des Aussenseiters hinausläuft»³⁵. Indessen erheben sich gegen diese Lösung Bedenken ethischer Art: Unsere ganze Rechtsordnung ist auf der Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit aufgebaut, und schliesst damit eine Lösung, nach der gewisse Personen (rechtlich!) vernichtet werden dürfen, aus.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass derartige Massnahmen — die vor allem im Kampf des Kartells im engeren Sinne gegen Aussenseiter, in Erscheinung treten — erfahrungsgemäss sehr oft gegen Wirtschaftssubjekte gerichtet sind, die keinen besondern Schutz verdienen. So vertreten die Kartellforscher in überwiegender Mehrheit die Meinung, es sei nur selten gerechtfertigt, im Aussenseiter den Uneigennützigen, besonders Schutzwürdigen zu sehen: «Er kann übervorsichtig sein, ein Reisser sein, der meist unzureichende, allgemeine Fachkenntnisse mit einer kaufmännischen Piratennatur verbindet»³⁶. Zugegeben, hier wird die Ausschaltung des Aussenseiters unter Umständen zur Existenzfrage der betreffenden Assoziation, doch rechtfertigt dies eine Selbstverteidigung, die in der Vernichtung des Gegners liegt, nicht.

Zusammenfassend kommen wir deshalb zu folgendem Ergebnis: Eine sozial schädliche Auswirkung im Sinne des Art. 31 bis III d BV liegt vor, wenn

eine, mit wirtschaftlicher Machtstellung versehene Unternehmung (oder

würde zu weit führen, diese Frage hier unter dem Gesichtspunkt einer (im dargelegten Sinne aufgebauten) Kartellgesetzgebung zu untersuchen.

Zur Haltung des Bundesgerichtes, das zu dieser Frage eine umfangreiche Literatur entwickelt hat, vgl. *Zschokke*: Zwei neuere Urteile des schweiz. Bundesgerichtes zur Frage der Kartellsperre (in: KR 1932, S. 703 ff.); *Naegeli*: Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung, S. 161 f.

³⁵ *Marbach*: W u. R, S. 225, Anm. 1.

³⁶ *Gütebier*: Wirtschaftslenkung und Kartellrecht (in: KR 1936, S. 455).

Isay (in seinem Gutachten zum 35. dt. Juristentag, S. 724) formuliert besonders scharf: «Es darf nicht dahin kommen, dass nicht derjenige im Wirtschaftskampf obsiegt, der der tüchtigere Kaufmann oder bessere Techniker ist, sondern derjenige, der es besser versteht, seinen privatwirtschaftlichen Interessen das Mäntelchen des Gemeinwohls umzuhängen, oder der sich besser auf... den ministerial-bureaukratischen Hintertreppen auskennt.» Vgl. ferner *Kirdorfs* (in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 116, S. 276), nach dem sich die «Aussenseiter die ganzen Vorteile des Syndikats verschaffen, ohne an den Lasten teilzunehmen». Auch *Marbach* (Artikel: Kartelle und kartellartige Organisationen, im Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft II S. 17) zeigt, dass «die Fälle... in der Schweiz nicht selten (sind), wo die volkswirtschaftliche Logik gegen den Aussenseiter spricht».

als Einheit handelnde Gruppe von Unternehmungen) die wirtschaftliche Tätigkeit eines (oder einiger bestimmter) Wettbewerbers durch eine Massnahme einschränkt oder verunmöglicht, deren (Nah)-Ziel in der Verhinderung des Wettbewerbsprozesses an sich liegt.

Werden dabei nachgewiesenermassen behinderungstypische Methoden (Sperrung, Verrufserklärung, Preisunterbietung...) verwendet, so besteht die Vermutung, dass ein solches (Nah)-Ziel angestrebt werde.

9. Kapitel

Die volkswirtschaftlich schädliche Auswirkung

1. Im Unterschied zur «sozialen Gruppe» der kartelltypischen Wirkungen, haben wir zu Beginn des Abschnittes B, dann von volkswirtschaftlichen Wirkungen eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation gesprochen, wenn deren Massnahmen auf die Gestaltung des Wettbewerbsgutes (Preis, Menge, Qualität) gerichtet waren¹. Unsere Untersuchung im letzten Kapitel ermöglichen nun aber eine noch genauere Abgrenzung dieses Wirkungsgebietes: Von einer volkswirtschaftlichen Auswirkung kann dann nicht gesprochen werden, wenn die in Frage stehende Massnahme offensichtlich zu Kampfzwecken gegen einen (oder mehrere) bestimmte Konkurrenten vorgenommen wurde. Diese Fälle sind unter dem Gesichtspunkt der sozialen Auswirkung zu beurteilen.

Damit ist gleichzeitig ausgesagt, dass die Wettbewerbsordnung volkswirtschaftlich betrachtet, auch unabhängig von einzelnen Wettbewerbssubjekten geschädigt werden kann². Diese Tatsache ist für die Entschei-

¹ Das Bundesgericht hat sich ebenfalls mit solchen Fällen beschäftigt, wenn es von «schränkenloser Ausbeutung des Publikums durch die gewonnene Monopolstellung» (BGE 39 II 250), oder von «unerträglicher Monopolisierung eines allgemein unentbehrlichen Nahrungsmittels behufs künstlicher Preisbeeinflussung» (BGE 37 II 211) spricht.

² Dagegen wird diese Möglichkeit verneint von: *Schreier* (Aufgaben, S. 108); *Liefmann*: Zur Reform des Kartellrechts (in: Zentralarchiv für Politik und Wirtschaft 1929, S. 403), der sagt, es gebe «in Wirklichkeit gesamtwirtschaftliche oder allgemeine Interessen so gut wie gar nicht, sondern es gibt nur Interessen grösserer oder kleinerer Gruppen, die gegeneinander abzuwägen sind». Liefmann geht hier aber von einem viel absoluteren Begriff aus, so dass sowohl das soziale, wie auch das volkswirtschaftliche Interesse in unserem Sinne als Teilerscheinung dieses gesamtwirtschaftlichen Interesses zu verstehen ist. Vgl. auch *Liefmann*: KKT, S. 246 ff.; *Tschierschky*: Kartellfrage als Gegenwartsproblem (in: KR 1935, S. 329). Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt scheinbar *Naegeli*: Kartelle in der Wettbewerbsordnung, S. 163, Anm. 30, wonach eine Kartellgesetzgebung, im Unterschied zu einem Gesetz, gegen den unlauteren Wettbewerb, «in erster Linie dem Schutz des Allgemeininteresses dient». Zu dieser Frage auch *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 100.

dung über die nähere Ausgestaltung einer neuen Kartellgesetzgebung sehr bedeutungsvoll³. Darauf kommen wir im Schlusskapitel zurück.

Wesentlich schwieriger ist dagegen die Festlegung derjenigen Kriterien, durch die innerhalb der volkswirtschaftlichen Auswirkungen die schädlichen von den nicht schädlichen unterschieden werden sollen⁴. Es liegt sogar nahe, die Möglichkeit einer exakten Begriffsbildung überhaupt zu verneinen, wie es z. B. E. R. Huber für das deutsche Kartellrecht getan hat: «... was volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist, das... kann nicht nach den Masstäben des Rechts beurteilt werden, sondern hängt aufs engste mit den politischen Zielen zusammen, die der Reichswirtschaftsminister und die Reichsregierung verfolgen. Es handelt sich dabei nicht um unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern um Richtlinien des Ermessens, über die keine juristische Entscheidung, sondern nur eine politische Dezision erfolgen kann⁵.» Gerade solche Äusserungen weisen aber zwingend darauf hin, dass der Rechtsstaat, der in seiner Gesetzgebung den Begriff der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit verwendet, diesen auch umschreiben muss.

Wie im Falle der sozialen Auswirkungen liegt auch hier die tatbestandliche Aufzählung scheinbar am nächsten; d. h. die beste Lösung dieser Aufgabe scheint in der Errichtung eines Katalog jener Massnahmen auf Produktion, Absatz oder Preis zu liegen, die erfahrungsgemäss geeignet sind, dem natürlichen Spiel von Angebot und Nachfrage entgegen zu wirken. In diesem Sinne ist teilweise die ehemalige deutsche Kartellverordnung vorgegangen, die in § 4 II statuierte: «... wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise, die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, die Preise gesteigert oder hochgehalten, oder im Falle wertbeständiger Preisstellung Zuschläge für Wagnisse (Risiken) eingerechnet werden⁶.» Ein solches Vorgehen kann indessen den prakti-

³ Dagegen kann nicht bestritten werden, dass sich der Zusammenbruch eines Unternehmens unter Umständen auch vom volkswirtschaftlichen (in diesem engeren Sinne) Standpunkt aus, als schädlich erweist (vgl. *Kuhr*: KR 1940, S. 129).

⁴ *Wolfers* (Kartellliteratur, S. 151) glaubt, dass «unmittelbar volkswirtschaftliche Schädigungen (deren Existenz er anerkennt, Verf.), die nicht zugleich bestimmte Einzelgruppen treffen», dem Einfluss kartellgerichtlicher Massnahmen entzogen seien.

⁵ *E. R. Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 174. Von dieser Überzeugung scheint auch *v. Brunn* (Grundzüge des Kartellrechts, S. 35) auszugehen, wenn er zur deutschen Kartellrechtsentwicklung vor 1938 meint: «Der Ausweg in die Gerichtsbarkeit war seinerzeit ein Mangel an Mut zur Verantwortung derjenigen Stellen, die eigentlich für die Wirtschaftspolitik verantwortlich hätten sein müssen.»

⁶ Wesentlich weiter geht, bei ähnlichem Aufbau, der amerikanische Vorschlag zur World Trade Charter v. 1947: «to curb those restrictive business practices in international trade (such as combinations or agreements to fix prices and terms of sale, divide markets or territories, limit production or exports, suppress technology or invention, exclude enterprises from particular fields, or boycott or discriminate

schen Erfordernissen in zweifacher Hinsicht nicht voll gerecht werden: Einerseits wird es nie gelingen, den Katalog dermassen lückenlos zusammen zu stellen, dass man auf ihn allein abstellen könnte; andererseits kann auch hier aus der blossen Anwendung solcher Methoden noch nicht zwingend auf das Vorhandensein schädlicher Auswirkungen geschlossen werden. Zudem bleibt die notwendige Korrektur jeder starren Aufzählung, das heisst, die Frage, was unter einer «volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Weise» zu verstehen sei, unabgeklärt. Eine Kombination subjektiver und objektiver Elemente, wie im Fall der sozialen Auswirkungen, kommt hier jedoch darum nicht in Frage, weil es bei der Mannigfaltigkeit dieser Äusserungen nicht möglich ist, auf dem Wege «typischer Tatbestände» das Gebiet zu ordnen.

Wir werden im Folgenden die Frage der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit völlig auf der Ebene der Preisbestimmung behandeln, denn auch die mengen- und qualitätsmässigen Einwirkungen auf die Wettbewerbsgüter werden hier in fast allen Fällen im Dienst der Preisgestaltung vorgenommen⁷.

Sobald die Wirtschaftsverfassung auf der Idee des freien Wettbewerbs beruht, liegt es nahe, in jeder, auf die künstliche Veränderung des Preises gerichteten Abmachung, eine schädliche Auswirkung zu sehen. Dies ist beispielsweise — trotz *rule of reason* — die herrschende amerikanische Auffassung: «Any combination which tampers with price structure is engaged in an unlawful activity. Even though the members of the price-fixing group were in no position to control the market to the extent

against particular firms) which have the effect of...» zitiert nach *Haussmann*: Wandel d. intern. Kartellbegriffs, S. 126). Obwohl sich auch hier das Verbot nur gegen bestimmte Auswirkungen, und nicht gegen die Organisation selbst richtet, ist dieser Vorschlag doch sehr wenig differenziert. Gerade bei den letztgenannten Fällen, die wir oben unter die sozialen Auswirkungen eingereiht haben, zeigt die Praxis, dass derartige Handlungen nicht in jedem Fall schädlich sind. (Vgl. auch *Bachmann*: Die Welthandelscharta und die Schweiz, S. 28). Einen ausserordentlich weitgehenden Katalog von möglichen schädlichen Auswirkungen gibt das brasilianische Gesetz betr. «Vergehen gegen die Allgemeinwirtschaft» v. 1938 (abgedruckt bei *Haussmann*: Schicksalswende, S. 244, Anm. 415).

⁷ Dabei muss man sich im klaren sein, dass die freie Preisbildung als solche, auch bisher nicht Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Schutzbestimmung war; das heisst, man darf die freie Preisbestimmung nicht mit der freien Preisbildung verwechseln. Selbständiges Schutzobjekt ist die Preisbildung einzig dort, wo ein besonderes Interesse der öffentlichen Ordnung vorhanden ist (z. B. Versteigerung). Vgl. dazu vor allem *Homburger*, S. 46; ferner *Egger*: Kommentar z. ZGB, Art. 27 N. 26.

Schliesslich sei darauf verwiesen, dass sich das Kartellrecht von je her vor allem mit der Preispolitik der wirtschaftlichen Machtstellungen auseinandergesetzt hat. Dazu *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 196 ff.; *Nef* (in: SJK, Blatt HGF V S. 8) begründet die Aufnahme der Ziffer d in den Verfassungstext mit der Absicht des Gesetzgebers, eine Schutzmöglichkeit «insbesondere hinsichtlich der Preise» zu statuieren.

that they raised, lowered or stabilized prices, they would be directly interfering with the free play of market forces⁸.» Damit wird aber der kartellmässige Zusammenschluss (in engerem Sinne) schon an sich zu einer volkswirtschaftlich schädigenden Auswirkung der assoziationswilligen Unternehmungen. Für die Schweiz hätte dies (weil der rule-of-reason-Gedanke hier — wie wir sahen — nach andern Gesichtspunkten verwirklicht wurde, als z. B. in Amerika⁹) zur Folge, dass ein umfassendes, ausnahmeloses Kartellverbot errichtet werden müsste. Der Gesetzgeber darf diesen Weg indessen aus den dargelegten, verfassungsrechtlichen Gründen nicht beschreiten.

2. Dagegen zeichnen sich in der Diskussion zwei andere Gesichtspunkte ab, die als Kriterium für die volkswirtschaftliche Schädlichkeit brauchbar erscheinen:

Beide Meinungen stellen darauf ab, ob ein Kartell oder eine ähnliche Organisation durch ihre wirtschaftliche Machtstellung zu ungerechtfertigten Profiten gekommen sei¹⁰. Nach der einen Auffassung ist der Profit *nur* dann ungerechtfertigt, wenn er durch eine Preisüberhöhung¹¹ zustande kam. Nach der andern Meinung ist die Schädlichkeit aber auch in dem Falle gegeben, wo die in Frage stehende Unternehmung ihre Profite dem Umstand verdankt, dass sie, wegen ihrer Machtstellung *wesentlich billiger* liefernd, den Markt völlig an sich reissen konnte¹².

Während jede Form staatlicher Wirtschaftspolitik (nicht nur im Falle der Wirtschaftslenkung!) beiden Gesichtspunkten zugleich Beachtung schenken muss, schliessen sie sich im Rahmen einer Kartellgesetzgebung gegenseitig aus. Wir werden nämlich unten sehen, dass der natürliche Preis nicht eindeutig bestimmt werden kann, weshalb es praktisch nicht

⁸ Socony-Vacuum-Oil Case 1940 (zitiert nach *Haussmann*: Internationaler Kartellbegriff, S. 34). *Homburger* (S. 103) zieht diese Lösungsmöglichkeit auch für eine Gesetzgebung auf Grund der Kartellbestimmung unserer Bundesverfassung in Betracht, denn er sieht (vgl. *oben* S. 44) in dieser Norm die Kompetenz zu einer kartellprohibitiven Gesetzgebung.

⁹ Vgl. *oben* S. 68.

¹⁰ Ungerechtfertigte Profite sind dabei nicht unbedingt grosse Reingewinne, denn die Machtstellung eines Zusammenschlusses wirkt auch dort schädlich, wo sie das Durchhalten unrentabler Betriebe ermöglicht, d. h. solcher Betriebe, die auch bei starker Preisüberhöhung keine «grossen» Reingewinne abwerfen.

¹¹ Als Preisüberhöhung kommt vor allem die Preiserhöhung und die Preishochhaltung («Preisstabilisierung auf etwas [!] höherem Niveau», *Dobretsberger*: Konkurrenz und Monopol, S. 122), in Frage. Vgl. auch *Homburger*, S. 36.

¹² Eine besondere Lösung hat das argentinische Kartellgesetz v. 1923 getroffen (erwähnt bei *Feldmann*: KTM, S. 122; *Tapernoux*: Les Cartels, S. 173; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 9): Es beurteilte die Frage, ob ein Profit gerechtfertigt sei, auf Grund des investierten Kapitals, oder im Hinblick auf wesentliche technische oder wirtschaftliche Fortschritte.

möglich ist, mit den gleichen Verfahrenssätzen dem Über- und dem Unterpreis zu begegnen.

Der Kampf gegen den «Billigen Preis» führte namentlich in den Vereinigten Staaten während der New-Deal-Periode zu Gesetzgebungsakten, die materielles Kartellrecht darstellten, so insbesondere die sogenannten National Industrial Recovery Acts¹³. Aber auch in der Gegenwart steht diese Ansicht wieder im Mittelpunkt der amerikanischen Kartelldiskussion, veranlasst vor allem durch ein Verfahren gegen die Atlantic + Pacific Tea Co., dem grössten Kettenladen-Lebensmittelgeschäft des Landes¹⁴, das wegen den — dank seiner Grösse möglichen — besonders niedrigen Preisen, genauer: wegen der daraus resultierenden Existenzgefährdung des gewerblichen Kleinhandels inkriminiert werden soll. Kenner des amerikanischen Monopolrechts weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass hier eine bedeutsame Wandlung ihren Ausdruck finde: Während der Sherman Act und die in seinem Geiste erlassenen Gesetze, ursprünglich vornehmlich vom Schutz des Konsumenten ausgehen, versucht man gegenwärtig auf dem Wege der Auslegung, aus diesen Gesetzen Schutzwälle des eingesessenen Klein- und Mittelhandels und des «new-comers» zu formen. Vom Standpunkt der Gesamtwirtschaft aus, ist diese Veränderung begreiflich, denn «das Allgemeininteresse, das auf das Funktionieren der Gesamtwirtschaft gerichtet ist, ist nicht mit dem reinen Konsumentenstandpunkt identisch»¹⁵. Allein, ist eine derartige Veränderung im Hinblick auf die Kartellbekämpfung, die ja nur ein Teilgebiet der rechtlichen Organisation des Wettbewerbs darstellt gleich zu beurteilen? Die Entscheidung darüber fällt mit der Beantwortung der «letzten Frage» jeder Kartellgesetzgebung zusammen: Ist der Gesetzgeber beim Erlass der Kartellbestimmung von der Idee des Konsumentenschutzes oder des Mittelstandschutzes ausgegangen? Genauer: Betrachtete er die objektive Wettbewerbsordnung — die im Zentrum der ganzen Gesetzgebung steht — dann als verletzt, wenn der Konsument oder wenn der am Wettbewerb partizipierende Mittelstand benachteiligt wird? Diese politische Frage muss zuerst gelöst werden, denn die Aus-

¹³ Vgl. Strauss: Wandlungen im Antitrustrecht der USA (in: KR 1933, S. 627 ff.); Eggmann: Staat und Kartelle, S. 50 und dort zitierte Literatur.

¹⁴ Diese Gesellschaft erzielte 1948 mit ihren 6000 Läden einen Umsatz von 2,8 Milliarden Dollars (6,4 % des gesamten Lebensmittelhandels des Landes); vgl.: Die Antitrustpolitik in den Vereinigten Staaten (in: NZZ 25. 12. 49).

Zu früheren, ähnlichen Prozessen etwa van Dam: Preisunterbietungen, S. 12 ff., 38 ff.; Kuhr (in: KR 1931, S. 183 f.); Kessler (in: KR 1938, S. 333 f.).

¹⁵ Van Dam: Preisunterbietungen, S. 8; Zoelly: Die rechtl. Behandlung der Kartelle in der Schweiz, S. 47.

gestaltung der Kartellgesetzgebung hängt völlig von ihrer Entscheidung ab¹⁶.

Bei der Untersuchung über die soziale Schädlichkeit hatten wir uns mit keiner derartigen, das «Letzte berührenden» Frage auseinander zu setzen: Sobald nämlich die Wirtschaftsverfassung eines Staates auf der Idee der Wettbewerbsfreiheit beruht, dient ein gesetzliches Vorgehen gegen wirtschaftliche Machtstellungen immer auch — und zwar primär — dem Postulat, den angegriffenen Einzelwettbewerber zu schützen. Dagegen bleiben die Motive, die den Gesetzgeber veranlassten, sich von der volkswirtschaftlichen Seite her mit dem Kartellproblem auseinander zu setzen, weitgehend im Dunkeln. Dass solche Motive auch in unserem Fall vorhanden waren, kann nicht bezweifelt werden, wird doch der volkswirtschaftliche Gesichtspunkt neben dem sozialen ausdrücklich erwähnt.

In den Verhandlungsprotokollen der Kommissionen und des Parlaments — so weit sie uns zur Verfügung standen — finden sich zu dieser Frage keine direkten Hinweise. Man bekommt sogar den Eindruck, dass man die Auswirkung der Entscheidung für den einen oder andern Gesichtspunkt auf die Ausgestaltung des Kartellgesetzes nicht voll erkannte. Die Frage wurde einzig indirekt in einer kurzen Auseinandersetzung gestreift, als im Parlament die Tatsache zur Sprache kam, dass in der vorbereitenden Kommission ein Antrag auf ausdrückliche Garantie «einer billigen Lebenshaltung» abgelehnt wurde¹⁷. Hier vertraten die Votanten übereinstimmend die Meinung, es sei bei der Revision der Wirtschaftsartikel trotzdem vor allem der Konsument zu schützen¹⁸.

In ähnlicher Weise nannte auch der Bundesrat in seiner Botschaft zu den Wirtschaftsartikeln, bei den «Sünden» des Kartells und der ähnlichen Organisationen vor allem die «Tendenz der stillschweigenden oder

¹⁶ *Homburger* (S. 102, Anm. 295) führt aus: «Eine ‚volkswirtschaftlich schädliche Auswirkung‘ liegt u. a. dann vor, wenn anzunehmen ist, dass durch die Existenz eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation die Erreichung der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung gehindert oder erschwert wird.» Stellt diese Lösung aber nicht einfach eine andere Formulierung der ursprünglichen Fragestellung dar? Ferner: Zur Identifizierung von Auswirkung und Existenz, vgl. *oben* S. 44.

¹⁷ *Sten. Bullt.* NR 1938, S. 315, 320. Darnach wurde die ausdrückliche Garantie billiger Preise nur deswegen abgelehnt, um nach aussen nicht den Eindruck zu erwecken, der Bund gedenke eine Deflationspolitik zu betreiben.

¹⁸ Besonders deutlich kommt diese Haltung durch die Formulierung einer *Eingabe* des Verbandes schweiz. Konsumvereine an die Mitglieder der Bundesversammlung v. 18. 3. 38 zum Ausdruck: «Wem die Annahme der neuen Wirtschaftsartikel wirklich am Herzen liegt, der braucht kein grosses Opfer zu bringen; er braucht das Wort ‚Gesamtinteresse‘ nur durch Beifügung ‚Verbraucher und Selbsthilfeorganisationen‘ zu verdeutlichen» (!). Es geht sicher zu weit, diesen Standpunkt allgemein auf die Wirtschaftsartikel anzuwenden; dagegen scheint es, dass diese Meinung beim Erlass des Kartellabsatzes tatsächlich vorherrschte.

ausdrücklichen Verständigung zur Hochhaltung und Stabilisierung von Preisen»¹⁹. Es muss deshalb angenommen werden, dass auch nach seiner Auffassung ein Gesetz gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen diese Gefahr in erster Linie zu bannen hätte. Er erwähnte zwar in diesem Zusammenhang die kleineren Unternehmungen ebenfalls, tat er es aber nur, um festzustellen, dass sie sich zu grösseren Einheiten zusammengeschlossen haben. Die Frage, ob und wie sie eventuell vor der Macht grösserer Wirtschaftskonzentration geschützt werden könnten, interessierte ihn und den Gesetzgeber nicht.

Genauer: Sie interessierte den Gesetzgeber nicht *an dieser Stelle*. Hier liegt denn auch das stichhaltigste Argument gegen die Behauptung, eine Kartellgesetzgebung auf Grund der Kartellbestimmung habe vom Gedanken des Mittelstandschutzes auszugehen: Dort wo ein ganzer Wirtschaftszweig²⁰, wie z. B. der gewerbliche Kleinhandel, in seinen Existenzgrundlagen gefährdet wird, kann der Staat auf Grund von Art. 31 bis III a BV helfend eingreifen²¹. Zweifellos muss auch der, durch die Machtstellung eines Konkurrenten herbeigeführte Preiszerfall als Gefährdung eines Wirtschaftszweiges im Sinne dieser Bestimmung aufgefasst werden; ja, verschiedene Autoren haben den Erlass dieser Gesetzgebungskompetenz zum Schutze gefährdeter Wirtschaftszweige teilweise geradezu auf die zunehmende wirtschaftliche Konzentration zurückgeführt²². Auch bei der parlamentarischen Beratung wurde erklärt, dass Art. 31 bis III a BV in Zukunft die verfassungsmässige Grundlage für derartige Massnahmen darstellen soll, wie beispielsweise die bekannte «Konzentrationsmassnahme» zum Schutz der Uhrenindustrie, oder das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, etc.²³. Das waren ausge-

¹⁹ *Botschaft* des Bundesrates zur Revision der Wirtschaftsart., S. 6 f. Eine ähnliche Haltung hat er schon in seiner *Botschaft* zur Überwachung der Preise (18. 3. 35, S. 5) eingenommen: «... wo ... Kartelle oder ähnliche Gebilde bestehen, welche die Preise auf einer Höhe halten können, die im Interesse des Volksganzen heute nicht mehr tragbar erscheinen.» Vgl. auch *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 207.

²⁰ Zum Begriff des Wirtschaftszweiges im Sinne der BV, vgl. *Botschaft* zur Revision der Wirtschaftsart., S. 55; *Schürmann*: Bemerkungen, S. 18 ff.; Bundesrat *Obrecht* im Ständerat (Sten. Bullt. StR 1939, S. 46): «... gefährdete Wirtschaftszweige und Berufsgruppen... es will damit gesagt werden, in Zukunft soll, wenn irgendwo ein Notstand, ein Zustand... der Existenzbedrohung entsteht, sei es in einem Teil des Landes oder in einem Wirtschaftszweig oder in einer Berufsgruppe, die Voraussetzung zur staatlichen Intervention gegeben sein.» Vgl. zu dieser Frage auch *Marti*: «Die Handels- und Gewerbefreiheit», S. 168 ff.

²¹ Art. 31 bis III a BV: «Zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige.»

²² So sagt z. B. *Koechlin* (Die HGF nach den Vorschriften der begutachtenden Kommission für die Wirtschaftsgesetzgebung, S. 14) zur heutigen Ziffer a: «... Warenhäuser, Epa und Migros gegen alteingesessenen Klein- und Mittelhandel. Die Gefahr eines ungesunden Überangebotes, eines allgemeinen Preiskampfes und des Ruins ganzer Gewerbezweige gehört in diesen Zusammenhang.»

²³ Vgl. *Schürmann*: Bemerkungen, S. 19; *Brunner*: Zwangskartelle, S. 33 ff.;

sprochene Mittelstandsschutzgesetze die gegen gewisse Erscheinungen der zunehmenden wirtschaftlichen Konzentration gerichtet waren, und tatsächlich findet man die hier positivierten Gedanken andernorts öfters in Kartellgesetzen²⁴. Das aber bedeutet: Sowohl Ziffer a (teilweise), wie Ziffer d des Art. 31 bis III BV richten sich gegen bestimmte Auswirkungen der Konzentrationserscheinung; weil sie aber verschiedenen Ideen dienen, inkriminieren sie verschiedene Auswirkungen, weshalb auch das Verfahren, in dem sie sich verwirklichen sollen, verschieden ausgestaltet sein wird.

3. Die Tatsache, dass eine in Ausführung der Kartellbestimmung zu erlassende Kartellgesetzgebung auf den Gesichtspunkt des Mittelstandsschutzes nicht Rücksicht nehmen muss, hat eine wesentliche Vereinfachung ihrer Ausgestaltung zur Folge: Das Gesetz gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung steht damit, soweit es die volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen betrifft, im Dienste einer Preisverbilligungspolitik, unbeschadet der anerkannten Tatsache, «dass der billigste Preis keineswegs immer der volkswirtschaftlich vorteilhafteste sein muss»²⁵. Das führt uns zu folgender Festlegung:

Eine volkswirtschaftlich schädliche Auswirkung im Sinne des Art. 31 bis III d liegt dort vor, wo eine mit wirtschaftlicher Machtstellung versehene Unternehmung (oder als Einheit handelnde Gruppe von Unternehmungen) durch Massnahmen, die in ihrer Macht begründet sind, einen Preis erzielen, der wesentlich höher ist, als der Preis, welcher sich bei freiem Wettbewerb gebildet hätte.

Böhm geht in einem Entwurf zu einer neuen Monopolgesetzgebung für Westdeutschland scheinbar ebenfalls von dem «Als-ob-Gedanken» aus, das heisst, auch er stellt auf den Preis ab, der sich bei freiem Wettbewerb gebildet hätte²⁶. Die gleiche Ansicht hat auch Eucken²⁷ vertreten,

Imboden: HGF und Wirtschaftsordnung, S. 57 f.; *Eggmann:* Staat und Kartelle, S. 64; *Ledermann:* Du rôle de l'Etat dans la réorganisation de l'industrie Horlogère suisse, 1941.

²⁴ Als weitere Grundlage für solche Eingriffe kommt evtl. auch Art. 31 bis II BV in Frage (dazu *Schürmann:* Bemerkungen, S. 14 ff.). Während hier gesamtwirtschaftliche Interessen vorausgesetzt werden, baut Art. 31 bis III a BV auf gesamtpolitischen Interessen auf, weshalb er uns als Grundlage für Massnahmen gegen den Preiszerfall etc. geeigneter erscheint. (Vgl. auch *Fleiner/Giacometti:* Bundesstaatsrecht, S. 278.)

²⁵ *Liefmann:* Zur Reform des Kartellrechts (in: Zentralarch. für Politik und Wirtschaft 1929, S. 403).

²⁶ Vgl. *Rittershausen:* Die Antitrustpolitik in Westdeutschland (in: NZZ 13. 12. 49). An anderer Stelle bezeichnet *Böhm* (in: Ordo 1948, S. 203) diejenigen Zusammenschlüsse als volkswirtschaftlich schädlich, durch die «ein anderer Marktpreis entsteht als in Fällen doppelseitiger Konkurrenz entstehen würde...»

²⁷ *Eucken:* Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung (in: Ordo 1949, S.

der das «Ziel der Monopolgesetzgebung und der Monopolaufsicht» darin sieht, «die Träger wirtschaftlicher Macht zu einem Verhalten zu veranlassen, als ob vollständige Konkurrenz bestünde». Diese Forderung spannt aber einen viel umfassenderen Rahmen als unsere Umschreibung der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit: Abgesehen davon, dass sie jenes Janusgesicht trägt, das gleichzeitig den Konsumenten und den (Klein)-Produzenten bzw. Händler betrachtet, geht sie auch bei der Festlegung der Preisüberhöhung wesentlich weiter: Während sie jeden durch wirtschaftliche Machtstellung erreichten Preis, sofern er den Gleichgewichtspreis überschreitet, beanstandet, sprechen wir in unserer Umschreibung von einem «wesentlich höheren Preis». Bei der nicht grundsätzlich negativen Haltung die unsere Verfassung diesen Wirtschaftssubjekten gegenüber einnimmt, ist dieser Zusatz notwendig, weil sonst alle wirtschaftlichen Machtstellungen — ausser dem Produktionsmittelmonopol — verboten werden müssten²⁸. M. a. W.: Während dort scheinbar auf den Wettbewerb im Sinne des theoretischen Denkmodells²⁹ abgestellt wird, machen wir hier die Konkurrenzfreiheit auf der Grundlage einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung zum Ausgangspunkt. Durch unser Kriterium des «wesentlich höher Seins» kommt gegenüber der von Böhm vertretenen Lösung die Unterscheidung von formellem und materiellem Gesichtspunkt zum Ausdruck, auf der Marbach den Begriff der monopoltypischen Machtstellung (im Sinne einer Kartellgesetzgebung) aufbaut: «Formell sind alle Machtstellungen monopolistisch, welche zu Preisen führen, die höher sind, als sie ohne die Machtstellung wären. Materiell sind es nur diejenigen, welche in einer Kapitalrente voraussetzenden Wirtschaftsordnung zu überdurchschnittlichen Gewinnen führen»³⁰.

Eine exakte Abgrenzung des «wesentlich-höher-Seins», z. B. in Prozenten, scheint aber nicht nur nicht möglich, sondern auch nicht wünschenswert, denn die Beurteilung dieser Frage hängt von dermassen vie-

68); vgl. auch *Wolfers*: Kartellliteratur, S. 38; schon Isay (Leitsätze zum 35. dt. Juristentag, Bd. II, S. 709 ff.) hat die Kartelle begrifflich dadurch zu umschreiben versucht, dass sie «den Markt entgegen der Auswirkungen der freien Konkurrenz beeinflussen».

²⁸ *Marbach* (KTS, S. 17): «... weil bei der Darstellung des Wirkens und Strebens der modernen kapitalistischen Organisationsformen nicht die Abweichung der Preisbildung von dem statischen Idealfall aufzuzeigen ist, sondern viel mehr die Abweichungen von demjenigen Preise, der sich im freien Spiel der Kräfte der kapitalistischen HGF ergeben würde, unter Voraussetzung der Existenz des Produktionsmonopols einer Klasse.»

²⁹ D. h. auf der absolut freien Konkurrenz, die aber eine reine Grenzsituation darstellt, und praktisch nie vorkommt. Vgl. *Wolfers*: Kartellliteratur, S. 37 f. und dort angeführte Literatur.

³⁰ *Marbach*: W. u. R., S. 217, Anm. 1.

len Faktoren ab, die ausserhalb der Kostenberechnung des in Frage stehenden Unternehmens liegen, dass nur eine Entscheidung von Fall zu Fall zu einer befriedigenden Lösung führen kann. Zudem wird im konkreten Falle die Feststellung einer Preisüberhöhung noch dadurch erschwert, dass schon die Ermittlung des «natürlichen Preises», der sich bei freiem Wettbewerb gebildet hätte, sehr kompliziert und umstritten ist. Würde man z. B. mit Zondler annehmen³¹, dass der normale Preis allein auf Grund der Produktionskosten des Grenzproduzenten errechnet werden muss — so dass die Differenzialrente³², der mit niedrigeren Kosten arbeitenden Unternehmungen nie als Preisüberhöhung angesehen werden könnte —, so wäre ein gesetzliches Vorgehen sehr oft gerade in jenen Fällen unmöglich, die der Verfassungsgesetzgeber wahrscheinlich als besonders ordnungsbedürftig betrachtet hat. Eindeutig lässt sich das Vorhandensein eines Überpreises deshalb nur dort feststellen, wo dieser «wesentlich höher» als der Konkurrenzpreis ist, so dass unsere Umschreibung auch von dieser praktischen Seite her gerechtfertigt erscheint³³.

Diese Feststellungen, die uns zeigen, dass der Gesetzgeber im Falle der volkswirtschaftlichen Auswirkungen ausserstande ist, selbst genaue Kriterien der Schädlichkeit zu konkretisieren, führen uns zum folgenden Abschnitt hinüber.

Abschnitt C

Schlussfolgerungen als Hinweis auf die Lösung der Grundfrage einer Kartellgesetzgebung *de lege ferenda*

10. Kapitel

Die Notwendigkeit einer getrennten Gesetzgebung

Unsere Untersuchungen über die sozial schädlichen und die davon völlig getrennten volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen haben eine Tatsache klar gelegt, die für die gesetzgeberische Lösung der in der Kartellbestimmung gestellten Aufgabe von ausschlaggebender Bedeutung sein wird: Während im Bereich der sozialen Auswirkungen sehr detail-

³¹ Zondler: Die Preisbildung der zweiten Hand, S. 65.

³² Zu diesem Begriff beispielsweise Amonn: Grundbegriffe, S. 129.

³³ Wir halten uns damit ungefähr in der Mitte der beiden folgenden Ansichten: Wolfers (Kartellliteratur, S. 143): «Die quantitative Erhöhung über den Konkurrenzpreis lässt sich in der Regel nicht feststellen, weil man nicht wissen kann, wie hoch der Preis bei freier Konkurrenz wäre.» (Ähnlich auch Eggmann: Staat und Kartelle, S. 204.)

Dagegen Klein, der frühere führende österreichische Kartellpolitiker (zitiert nach Schreier: Aufgaben, S. 114): «... Weil die Preisbestimmung eine geschäftlich-technische Operation ist, weil ohne die Möglichkeit, dass andere Personen sie wieder-

lierte Kriterien der Schädlichkeit gesetzgeberisch konkretisiert werden können, ist dies bei der anderen Wirkungsgruppe nicht möglich. Während der Gesetzgeber im Sozialen die Schädlichkeit kartelltypischer Auswirkungen durch positive Sätze genau festlegen kann, muss er im andern Falle diese Grenzziehung zu einem wesentlichen Teil in die Hände der rechtsanwendenden Behörde legen, sei es, dass er ihr einen grossen Ermessensspielraum freigibt, sei es sogar, dass er sich auf den Erlass eines blossen Ermächtigungsgesetzes beschränke. Bei der enormen Vielfältigkeit der Tatbestände im Gebiet der volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen ist dies die einzige Möglichkeit um dem Einzelfalle gerecht zu werden. Dabei handelt es sich nicht darum, ob man «den Mut hat, scharf formulierte generelle Normen aufzustellen»¹, sondern einfach um die Frage der praktischen Durchführbarkeit, die zu verneinen ist. Ohne Zweifel ist der Misserfolg, der fast allen bisherigen Kartellgesetzen des Auslandes gemeinsam ist, zum Teil daraus zu erklären, dass man — entgegen den praktischen Gegebenheiten — versuchte, das Kartellproblem durch eine möglichst umfassende Detailgesetzgebung zu meistern. Derartige Ordnungsversuche haben bei der Lösung praktischer Fragen meistens versagt; sie mussten dies tun, denn die konkretisierten Tatbestände machten in jedem Fall eben doch nur einen Bruchteil der praktisch möglichen Tatbestände aus.

In jüngster Zeit ist man indessen offensichtlich bestrebt, aus dieser Beobachtung die nötigen Schlüsse zu ziehen. So zeigen die neueren Kartellgesetzgebungen eine deutliche Verschiebung zum ermächtigungsähnlichen Gesetz, d. h. die Abgrenzung der kartelltypischen Schädlichkeit wird nicht mehr auf dem Weg katalogartiger Gesetze versucht, sondern fallweise durchgeführten Spezialuntersuchungen überlassen².

Es besteht u. E. heute sogar eine gewisse Gefahr, in dieser Lösung das Alleinheilmittel zu sehen, während doch auch ihr durch die Materie der zu treffenden Entscheidungen bestimmte Grenzen gesetzt sind. Dort nämlich, wo der Gesetzgeber selbst in der Lage ist, die Kriterien zu konkretisieren, darf er sich dieser Aufgabe aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit nicht entziehen.

Das entscheidende gesetzgeberische Problem ist mithin die Frage nach

holen, nachprüfen, kritisieren, kein Markt bestehen könnte, weil der Preis nicht aufhören darf, im Verkehr berechenbar, nachrechenbar zu sein... eben deshalb wird er auch von Sachkundigen innerhalb gewisser Grenzen auf seine Angemessenheit beurteilt werden können.»

¹ Schreier: Aufgaben, S. 75.

² Vgl. Haussmann: Internationale Kartelle und zwischenstaatliche Stapelgüterabkommen (in: Aussenwirtschaft 1948, S. 252). Er weist hier insbesondere auf das schwedische Kartellkontrollgesetz von 1946 und auf einen in Beratung stehenden englischen Monopol-Kontroll-Entwurf hin.

der Abgrenzung dieser beiden Wirkungskreise, denn nur dann wird es möglich sein, bei derart verschiedenen Kartellwirkungen in jedem Falle befriedigende und zutreffende Kriterien der Schädlichkeit zu besitzen. Für die zu treffende schweizerische Lösung wurde diese Scheidung, wie wir gesehen haben, jedoch schon durch die Formulierung der Kartellbestimmung unserer Wirtschaftsartikel getroffen.

2. Wir wollen nun im folgenden versuchen, daraus einige konkrete Schlüsse zu ziehen; in erster Linie drängt sich dabei die Frage nach dem Verfahren auf. Wer soll in der einen oder andern Wirkungsgruppe die Schädlichkeit konkreter Einzelfälle feststellen? Soll diese Aufgabe dem Strafrichter, dem Zivilrichter oder der Verwaltung übertragen werden?

Wie wir oben sahen, wurde erst um die Jahrhundertwende, an Stelle des bisher üblichen Strafrichters, die Verwaltung mit der Durchsetzung der kartellrechtlichen Anordnungen betraut³. Am weitesten ging in dieser Richtung die deutsche Kartellverordnung von 1923⁴, wobei allerdings, — ausser der Absicht, durch ein grundsätzlich neues Vorgehen bessere Resultate zu erzielen — auch innenpolitische, teils sogar stimmungsmässige Gründe ausschlaggebend waren⁵. Die rein verwaltungsmässige Lösung erwies sich jedoch bei der Entscheidung einer grossen Zahl von Konzentrationsfragen als wenig wirtschaftsnahes Instrument, so dass schon sehr bald — namentlich aus Kreisen der Wirtschaft selbst — der Ruf nach einem anderen Verfahren erhoben wurde⁶. Es lag dabei nahe, auf jenen frühesten Zustand hinzuweisen, in welchem der Staat, von der Besonderheit solcher Konzentrationserscheinungen keine Notiz nehmend, diese den allgemeinen Regeln des Privatrechts unterstellte. Man erstrebte damit wohl weniger die Rückkehr zu den unwirksamen allgemeinen Regeln, als viel mehr jenen Zustand, in dem das Gesetz des Handelns in die

³ Zum ersten Mal tauchte dieser Gedanke bei den *Verhandlungen* des deutschen Vereins für Sozialpolitik im Jahre 1894 auf. (Vgl. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 60 u. 61; *Schreier*: Aufgaben, S. 70; *Eggmann*: Staat und Kartelle, S. 12.)

⁴ Vgl. *Isay-Tschierschky*: Kommentar zur Kartell-Verordnung, S. 99; auch *Gloede*: Marktaufsichtsordnung (in: KR 1943, S. 3) weist auf diese deutsche Sonderstellung hin.

⁵ Dazu die Äusserungen des Vorsitzenden des deutschen Kartellgerichtes, *Lucas*, in: Zur Reform der Kartellgesetzgebung (KR 1926, S. 384). Ähnlich äusserten sich schon die Behördevertreter am Kartelltag der deutschen Industrie 1923 (vgl. KR 1923, S. 220 ff.).

⁶ Als Wendepunkt wird in der Literatur meistens der 35. deutsche Juristentag in Salzburg 1928 betrachtet. Vgl. die wiederholt zitierten Gutachten von *Isay* und *Nipperday* (in: Verhandlungen des 35. dt. Juristentages, herausgegeben vom Schriftführer des Amtes der ständigen Deputation; die Leitsätze dieser Tagung sind in extenso abgedruckt bei *Schreier*: Aufgaben, S. 71 ff.). Vgl. auch die kritischen Bemerkungen dazu bei *Grossmann-Doerth*: Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.

Hand des einzelnen, benachteiligten Wirtschaftssubjektes gelegt war⁷. Man postulierte mit andern Worten, an Stelle von Verwaltungsseingriffen einen zivilrechtlichen Schutz. Auch in der schweizerischen Diskussion zur Frage der Kartellregelung kommt diese Wandlung — in einem allerdings sehr beschränkten Masse — zum Ausdruck: Während Hilty — wie wir sahen — den Strafrichter als geeignete Instanz betrachtete und während noch vor kurzem bei den parlamentarischen Verhandlungen über die Revision der Wirtschaftsartikel überwiegend an eine Regelung mit verwaltungsmässiger Rechtsanwendung gedacht wurde⁸, wird gegenwärtig in einer sehr beachtenswerten Verlautbarung der eidgenössischen Preisbildungskommission das Postulat der justizmässigen Ausgestaltung eines eventuellen Kartellgesetzes erhoben: «... ob der Weg zur Lösung der durch die Existenz der Kartelle und Trusts aufgeworfenen Fragen nicht mit besserem Erfolg und grösserem Nutzen über den Boden des zweckentsprechend noch auszugestaltenden Privatrechts eingeschlagen werden könnte...».

Die Formulierung solcher wirtschaftlicher Prstulate zeigt dem Juristen jedoch, dass man sich nicht genügend Rechenschaft darüber gibt, wie sehr der Charakter der Lösung den zu treffenden Entscheidungen — wie wir oben sagten: der Materie — immanent ist. Wo der Gesetzgeber zur Schaffung grosser Ermessensspielräume gezwungen ist, stellt er den Richter, angesichts der ungeheuren Komplizierung des Konzentrationsvorganges, vor Probleme, die dieser auf dem Wege normaler richterlicher Rechtsfindung nicht lösen kann. Hier erhält der Richter, der in viel stärkerem Masse als sonst an das Urteil der gerichtlichen Expertise gebunden ist, eine völlig neue Aufgabe; seine Tätigkeit steht hier ihrem Wesen nach der Verwaltungstätigkeit näher als der Entscheidung echter zivilrechtlicher Streitigkeiten. So hat beispielsweise Wolfers¹⁰ diesen (hier durch die Umstände geschaffenen) Zustand geradezu zur Charakterisierung einer verwaltungsmässigen Kartellordnung verwendet, indem er sagt, dass, «soweit Eingriffe in die Hand der Verwaltung gelegt wer-

⁷ Dazu Schreier: Aufgaben, S. 73.

⁸ Diese Haltung entsprach grundsätzlich derjenigen, die mehrheitlich auch von den wissenschaftlichen Bearbeitungen des schweizerischen Kartellrechts de lege ferenda eingenommen wird. Bis zu einem gewissen Grade entsprach das Hinordnen auf die Verwaltung einer allgemein feststellbaren Tendenz der gegenwärtigen Rechtsentwicklung: «Wir müssen uns damit abfinden, dass zur ‚Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt‘ die Umgrenzung der Wirtschaftsfreiheit in vermehrtem Masse durch Verwaltungsbehörden erfolgt.» (Kaufmann: Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweiz. Rechtsstaat, in: ZStGV 1949, S. 17, 8 ff.)

⁹ Die hier wiedergegebene Formulierung des Präsidenten der erwähnten Kommission entspricht nicht genau jener internen Verlautbarung; sie ist aber wohl im wesentlichen mit ihr identisch. Vgl. Marbach: W. u. R., S. 222.

¹⁰ Wolfers: Kartellliteratur, S. 148.

den, die Wissenschaft der Aufgabe enthoben sei, allgemeine Regeln für die Bestimmung der Grenzen zwischen angemessener und missbräuchlicher Politik der Kartelle zu finden».

Die unumgängliche Verlagerung der Aufgabe vom Zivilrichter auf gerichtliche Experten, führt mithin auch dort, wo man grundsätzlich bereit ist, die Lösung «über den Boden des Privatrechts» zu treffen, dazu, dass die Kartellnormen zum Teil materiell auf einem «verwaltungsmässigen» Wege durchgesetzt werden. Wir wiederholen: zum Teil, denn diese Erörterung zeigt von neuem, dass man das «Kartell»-Problem nicht über einen Leisten spannen kann, sondern peinlich unterscheiden muss, zwischen den Fällen, in denen der Richter positive Normen anwendet, und jenen Fällen, in denen er auf eine Expertise abstellt. M. a. W.: Auch diese Tatsache zeigt, dass die gesetzgeberische Behandlung der sozial schädlichen Auswirkungen wesentlich anders zu gestalten sein wird, als diejenige der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit, indem dort das Wesen der zu treffenden Entscheidung ein justizmässiges, hier ein verwaltungsmässiges Verfahren diktiert.

Zu völlig gleichen Resultaten kommen wir auch bei der Betrachtung des Problems der Klagelegitimation, denn auch hier wird die Lösung notwendigerweise zum Teil durch die Materie der Streitfrage vorweggenommen. Diese Frage ist heute, obschon nur sekundärer Natur, viel häufiger Gegenstand von Kartelldiskussionen, als der soeben erörterte Charakter der rechtsanwendenden Behörde.

Will man, wie es zeitweise gefordert wurde, die Zuständigkeit zur Klageerhebung allein der Verwaltung anvertrauen, so setzt man dabei notwendigerweise voraus, dass der Staat über die Unzahl der täglich gefassten Beschlüsse und abgeschlossenen Verträge der Kartelle und der ähnlichen Organisationen laufend orientiert sei. Im Hinblick auf die vielen — für den Aussenstehenden oft kaum feststellbaren — sozial schädlichen Wirkungen wäre dies nur auf dem Wege über ein immenses Kartellregister denkbar, welches wir aber schon oben als nicht realisierbar abgelehnt haben. Wo Tatbestände sozial schädlicher Auswirkungen zur Diskussion stehen, ist vom Gesichtspunkt der Klagelegitimation wesensgemäss allein ein justizmässiges Verfahren denkbar, denn hier findet sich, entsprechend unserer Definition immer ein unmittelbar Geschädigter, bzw. Bedrohter, dem die Klägerrolle von Natur aus zufällt. Zutreffend weist Tschierschky zwar darauf hin, dass mit einer solchen Lösung «eine notwendige Begrenzung auf unmittelbar privatrechtliche Gegensätze»¹¹ verbunden ist; dass «auf dem Weg des ordentlichen Zivil-

¹¹ *Tschierschky*: Probleme der staatlichen Kartellaufsicht, S. 100 f. (zitiert nach *Schreier*: Aufgaben, S. 77).

streites jedenfalls die Fernwirkungen der Kartelle auf Dritte und weiter liegende Wirtschaftskreise kaum zu schützen» sind. Allein, wenn man dieses Verfahren auf die Fälle sozialschädlicher Kartellwirkungen beschränkt, so liegt in diesen Erörterungen kein Gegenargument, denn es gibt dort gar keine «weiterliegende Wirtschaftskreise» in diesem Sinne. Diese finden wir nur in den Fällen volkswirtschaftlicher Auswirkungen, wo allerdings neben den ferner liegenden Drittbetroffenen auch die Direktbetroffenen meistens schutzlos sind, sei es, dass sie die Situation nicht erkennen¹², sei es, dass sie nicht über genügend Mittel verfügen, um ein solches Verfahren durchzustehen¹³, oder sei es endlich — und das wird in diesen Fällen meistens das ausschlagende Moment sein — dass sie sich persönlich nicht so stark geschädigt fühlen, als dass sie die Mühen und das Risiko eines Prozesses übernehmen möchten. In solchen Fällen kann sich nur das von Amtes-wegen-Eingreifen als fruchtbar erweisen, denn nur der Staat hat effektiv die Möglichkeit, das Vorhandensein schädlicher Auswirkungen dieser Art festzustellen¹⁴. Diese Tatsache

¹² Der Einzelne weiss — mangels Vergleich — oft gar nicht, wie seine Lage ohne die in Frage stehende Auswirkung sein könnte (vgl. z. B. *Lehmann*: Gutachten, S. 289 f.). Bei der volkswirtschaftlichen Auswirkung steht die «Gesamtheit von Volk und Staat» (*Kuhr*, in: KR 1940, S. 129) im Mittelpunkt, so dass die subjektive Einstellung des einzelnen Bedrohten — ob er eine Preislage tatsächlich als hoch empfinde — keine Rolle spielen darf. Anderer Ansicht indessen *Bergler*: Die chemisch-pharmazeutischen Markenartikler (zitiert bei *Zondler*: Preisbildung der zweiten Hand, S. 66) nach dem die subjektive Einstellung des Geschädigten ein Wesensbestandteil der Schädigung selbst sei!

¹³ Auf Grund der amerikanischen Erfahrung soll die Vorbereitung eines grösseren Prozesses zwischen 50 000 und 150 000 Dollars kosten. (Vgl. *Haussmann*: Wandel d. intern. Kartellbegriffs, S. 16.) Als Beispiel erwähnen wir den amerikanischen Aluminium-Prozess: Prozessdauer: 7 Jahre; Dauer der Zeugenaussagen: 28 Monate; 58 000 Protokollseiten; Resultat: Monopolstellung bejaht, Vollstreckung des Urteils aber aufgehoben, weil sich diese Machtansammlung in der Kriegswirtschaft als günstig erwies!

¹⁴ In diesem Sinne ist für eine eventuelle schweizerische Kartellgesetzgebung, wiederholt der Vorschlag gemacht worden, die Preisbildungskommission in eine Preisprüfungskommission umzuwandeln, und dieser gegenüber eine Auskunftspflicht zu normieren (so *Feldmann*: KTM, S. 149; *Stein*: Revision der HGF, II. Teil, S. 3). Damit würde sich allerdings die wissenschaftlich-unabhängige Organisation zu einer Beamtenorganisation verwandeln, so dass höchst wahrscheinlich auch das, was wir heute auf diesem Gebiet an Positivem besitzen, verloren ginge.

Ohne auf diese Frage näher einzugehen, scheint uns aber für die verwaltungsmässig durchzusetzenden Streitigkeiten folgende Lösung gegeben: Die Preisbildungskommission hat bei gleicher Organisation, in gleicher Weise weiter zu arbeiten; sie durchforscht — unabhängig von eingetretenen Störungen — die verschiedenen Wirtschaftszweige, und versucht auf dem Wege des «guten Ratschlages» im Sinne der Ideen des Kartellgesetzes zu wirken. (Ähnlich wie es bei der amerikanischen TNEC beabsichtigt war, vgl. KR 1940, S. 294; zur Frage der auf freiwillige Auskunftserteilung angewiesenen Untersuchungen auch: *Haus*: Cartels et rationalisation, S. 25; *Lederer* in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik 1930, S. VI.)

Daneben ist ein spezielles Kartell-Amt zu schaffen, das seine Enquêtes im Hinblick auf einen bevorstehenden Prozess durchführt, und dem gewisse Zwangsmittel

hat denn auch verschiedentlich zur Forderung nach einem «wirtschaftlichen Staatsanwalt» für Kartellstreitigkeiten geführt, womit die Ebene echter zivilrechtlicher Streitigkeiten offensichtlich verlassen wird. Schreier¹⁵ versucht zwar diese Folge abzuwenden, indem er die Frage aufwirft: «... ob nicht auch Vereinigungen, die zunächst andern Zwecken dienen, Kartellstreitlegitimation zu erteilen wäre, also vor allem den Gewerkschaften. Fühlen sich die breiten Konsumentenschichten, also vor allem die Arbeiter, durch das Vorgehen eines Kartells, insbesondere dessen Preispolitik geschädigt, so können die Gewerkschaften als berufen angesehen werden, diese Auffassung zu vertreten¹⁶. Und schliesslich könnten sogar auch die politischen Parteien herangezogen werden»¹⁷. Grundsätzlich würde damit ein ähnlicher Zustand geschaffen, wie er im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vorliegt, wo in einzelnen Fällen Art. 2 III gewissen Berufs- und Wirtschaftsverbänden ein Klagerecht einräumt¹⁸.

Gegen diese Lösung erheben sich aber schwere Bedenken: Die Erfahrungen, die man in der Gegenwart mit «trustbekämpfenden» politischen Parteien und Konsumentengenossenschaften¹⁹ macht, sprechen eindeutig

zur Verfügung stehen müssen. Dabei ist wohl in erster Linie an die Statuierung einer Auskunftspflicht zu denken, doch darf diese die gesunde Entwicklung der Wirtschaft selbst nicht in Frage stellen. M. a. W.: Einerseits wird der Rahmen dieser Auskunftspflicht gesetzlich genau festzulegen sein, und andererseits muss als Auskunftsempfänger ein Organ geschaffen werden, auf dessen Verschwiegenheit in denjenigen Sachen, die für den Prozess nicht wesentlich sind, die Wirtschaft sich verlassen kann. Eine solche, von Fall zu Fall durchgeführte Enquête schwebt wahrscheinlich auch *Liefmann* vor (in: Zur Systematik wirtschaftlicher Machtstellungen 1928, S. 415): «Die Frage, wann die Ausübung privater Macht das Gesamtinteresse, Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft schädigt, kann immer nur von Fall zu Fall auf Grund sehr sorgfältiger Beweisaufnahme unter Heranziehung von Sachverständigen und auch dann meist nicht ohne Willkür entschieden werden.»

Damit ergäbe sich eine gewisse Doppelspurigkeit, die aber — angesichts der verschiedenen Arbeitsmethoden und des verschiedenen Zieles — vom Standpunkt der gerechten und wirtschaftlich tragbaren Kartellpolitik aus, nur wünschenswert sein kann.

¹⁵ *Schreier*: Aufgaben, S. 78.

¹⁶ Dieser Meinung tritt indessen *Eucken* (Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: *Ordo* 1949, S. 67) mit dem Hinweis entgegen, dass die Arbeitergewerkschaften erfahrungsgemäss an der Preissteigerung ihrer eigenen Industrie interessiert seien.

¹⁷ Demgegenüber betrachten wir es als grundsätzlich verfehlt, den Konkurrenzkampf auf das politische Gebiet zu übertragen; viel eher sollte die «Entpolitisierung der Wirtschaft» erstrebt werden. Vgl. dazu den oben zitierten *St. Galler-Entwurf* zur Neuordnung der Wirtschaft; *Imboden*: IGF und Wirtschaftsordnung, S. 79.

¹⁸ Vgl. *Roos*: Das Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb 1947; *Nägeli*: Kartelle in der Wettbewerbsordnung, S. 190.

¹⁹ Statt an die von Schreier erwähnten Gewerkschaften wird in der Schweiz eher an die grossen Konsumenten-Organisationen gedacht, So z. B. *Maibach*: W. u. R., S. 222, Anm. 1, wonach «einer bestehenden oder noch zu gründenden Konsumentenorganisation ein Klagerecht eingeräumt würde». Gegen diese Lösung spricht aber

gegen ein solches Experiment. Nicht nur ist hier immer wieder versucht worden, den Kampf gegen wirtschaftliche Machtstellungen als Mittel zu politischen und propagandistischen Zwecken zu missbrauchen, sondern es zeigte sich auch, dass selbst grossen Wirtschaftsorganisationen die notwendige praktische und theoretische Kartellerfahrung fehlt, um die volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von den nicht schädlichen zu trennen.

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Resultat: Die schweizerische Gesetzgebung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen muss, von der Tatsache ausgehend, dass die Lösung weitgehend vom Charakter der einzelnen Schädigungen diktiert wird, der Verschiedenheit der beiden grossen Wirkungsgruppen Rechnung tragen:

Fälle von sozial schädlichen Auswirkungen sind im justizmässigen Verfahren zu lösen, dagegen ist die Entscheidung über volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen der Verwaltung zu übertragen. Daraus kann ein weiterer Schluss gezogen werden: Dort wird es sich darum handeln, das bestehende Privatrecht, insbesondere die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, weiter auszubauen; hier dagegen hat der Gesetzgeber ein öffentlich rechtliches Spezialgesetz gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen zu erlassen.

der Umstand, dass diese heute selbst bedeutende Machtfaktoren unseres Wirtschaftslebens darstellen, die nicht unbedingt von der Möglichkeit eines Missbrauchs ihrer Stellung ausgeschlossen sind. (Einen interessanten, wenn auch teilweise schon überholten Überblick über die Struktur der schweiz. Konsumentenorganisationen gibt der Artikel von *Faucherre*: Konsumentenschaften in: Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft II, S. 45.)

